

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Responsáveis pela edição:**

Carlos Ayres Britto

Marcelo Dias Varella

Lilian Rose Lemos Rocha

**VOLUME 5 • NÚMERO ESPECIAL • 2015**  
**ATIVISMO JUDICIAL**  
**JUDICIAL ACTIVISM**

---

---

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

---

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 5	Número especial	p. 1 - 640	Número especial	2015
--	----------	------	--------------------	------------	--------------------	------

## **REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Brazilian Journal of Public Policy*

### **Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB**

Centro Universitário de Brasília

#### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

#### **Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

#### **Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

#### **Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

#### **Linha editorial**

A Revista Brasileira de Políticas Públicas tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários relacionados a aspectos ligados a interação entre Políticas Públicas e Direito. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito. Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de três áreas fundamentais, que se subdividem:

1. Políticas de Estado e de Governo e democracia: teoria das políticas públicas, sistema de governo, sistema eleitoral e cidadania, sistema de partidos e reforma constitucional.
2. Políticas Públicas e desenvolvimento econômico e social: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental.
3. Avaliação em políticas públicas: teorias de avaliação em políticas públicas, metodologia de avaliação de políticas públicas e políticas de desenvolvimento, metodologia de análise jurídica de políticas públicas, resultados de análise em políticas públicas, pesquisa em políticas públicas setoriais.

#### **Comitê editorial**

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo (USP)

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

#### **Equipe editorial**

Marcelo Dias Varella

Alice Rocha da Silva

Max Meirelles Gonzaga

Priscila Pereira de Andrade

#### **Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

#### **Diagramação**

S2 Books

#### **Disponível em:**

<http://www.rbpp.uniceub.br>

#### **Circulação**

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.  
– vol. 5, número especial 2015 - . Brasília : UniCEUB, 2015

Semestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

## Editorial

O UniCEUB, pioneiro do ensino jurídico de excelência na capital do país e sempre preocupado em manter um alto nível acadêmico, criou, em 2014, o CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS (CBEC), um núcleo de proficiência na produção de conhecimento científico, promotor da investigação e do debate crítico sobre temas relacionados aos aspectos constitucionais e suas influências na tradição e na transformação do indivíduo e da sociedade. Privilegiado, tem como professores e membros vários ministros do Supremo Tribunal Federal, o Advogado Geral da União, professores-doutores da instituição e convidados de renome.

O CBEC tem como papel fundamental o desenvolvimento da interatividade a partir da conexão de temas transdisciplinares, apresentando-se como um estratégico espaço de difusão e análise do saber. Suas atividades são desenvolvidas no âmbito da Pós-Graduação Lato e Strictu Sensu em Direito; seus quadros, compostos por profissionais renomados, professores, pesquisadores associados e alunos com vocação para a pesquisa.

Como mecanismos de interação, realiza reuniões mensais, as quais, a partir do desenvolvimento de um tema em comum no âmbito de grupos de pesquisa, permitem o debate e a construção de ideias.

No segundo semestre de 2014, o tópico escolhido para a discussão foi o ATIVISMO JUDICIAL, o que proporcionou a compilação dos artigos de autoria dos seus membros que ora compõem esta edição da Revista Brasileira de Políticas Públicas.

Discutir o Ativismo Judicial é uma pauta que desperta interesse acadêmico e opiniões antagônicas. O termo foi utilizado pela primeira vez pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger que, em 1947, publicou artigo na revista Fortune, intitulado “The Supreme Court: 1947”. Embora haja alguma discordância sobre o que é ativismo judicial, Luis Roberto Barroso, Ministro do STF, afirma que, para além de uma atitude, o ativismo é, também, o Judiciário expandindo suas próprias competências com o objetivo de determinar políticas públicas e corrigir lacunas legislativas, baseado na interpretação constitucional.

No Brasil, a discussão tomou vulto a partir da última década, quando a atuação do Supremo Tribunal Federal ganhou destaque significativo e originou críticas quanto às intervenções que, possivelmente, afetariam a teoria clássica de separação de poderes de Montesquieu.

Certo é que a governança não pode ser substituída pelo Poder Judiciário. Há necessidade de se descobrir um ponto de equilíbrio entre as instituições judiciárias e executivas. O trabalho forçado, as detenções ilegais, as torturas e maus-tratos de mulheres, a implementação de diversas disposições da Constituição, os problemas ambientais e de saúde - dentre outros - sobrelevam a atuação dos tribunais e suas decisões para concretizar a base dos direitos humanos de todos e de cada indivíduo. Enquanto políticos e alguns especialistas constitucionais criticam a excessiva judicialização, o público a acolhe com entusiasmo.

---

Importa notar que o ativismo judicial apresenta muitos méritos, e, claro, certos deméritos. O confronto frequente entre o Legislativo, Executivo e Judiciário poderá danificar o sistema democrático. Afinal, há que se respeitar a linha demarcatória de competência, de forma a não permitir que um conflito se estabeleça entre os Poderes da República.

Os debates sobre o tema no CBEC foram muito ricos. Os vídeos estão disponíveis no site [www.uniceub.br](http://www.uniceub.br)

Neste volume da Revista Brasileira de Políticas Públicas, o CBEC pretende colocar no palco o conceito de ativismo judicial sob um enfoque provocativo, para gerar a necessidade acadêmica e pedagógica dialética, com muitos questionamentos analíticos – sem, contudo, tentar fornecer verdades intransponíveis.

Além dos artigos oriundos do CBEC, recebemos, para avaliação, mais de 150 contribuições de todo o país. O resultado é uma publicação de referência para o tema. Esperamos que todos desfrutem.

Carlos Ayres Britto  
Lilian Rose Lemos Rocha  
Marcelo Dias Varella

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>V</b>
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Rocha e Marcelo Dias Varella	
<b>GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>1</b>
<b>APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>3</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
1. Introdução .....	4
2. Conceitos de ativismo judicial e de criação judicial do direito .....	4
3. A inevitável e necessária criatividade do intérprete/aplicador do direito.....	6
4. A regra de reconhecimento e os tribunais constitucionais como legisladores positivos .....	7
5. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis como gerador do ativismo judicial .....	8
6. O ativismo judicial no Brasil.....	11
7. Conclusão.....	21
Referências.....	22
<b>A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....</b>	<b>24</b>
Luís Roberto Barroso	
1. Introdução .....	25
2. A evolução da teoria constitucional no Brasil e a ascensão do Poder Judiciário .....	26
2.1. O direito constitucional na ditadura: entre a teoria crítica e o constitucionalismo chapa branca.....	26
2.2. A construção de um direito constitucional democrático: a busca pela efetividade da Constituição e de suas normas .....	26
2.3. Neoconstitucionalismo, constitucionallização do direito e a ascensão do Judiciário .....	27
3. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial .....	29
3.1. As transformações do direito contemporâneo .....	29
3.2. Sociedades complexas, diversidade e pluralismo: os limites da lei no mundo contemporâneo .....	30
3.3. Discricionariedade judicial e resposta correta.....	32
4. O STF e sua função majoritária e representativa .....	35
4.1. A jurisdição constitucional.....	35
4.2. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal.....	36
4.3. A crise da representação política.....	38
4.4. O papel representativo do Supremo Tribunal Federal .....	39

5. Conclusão.....	46
Referências.....	47
<b>O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326 .....</b>	<b>52</b>
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
1. Introdução .....	53
2. O trâmite do caso MS32326 no Supremo Tribunal Federal.....	53
3. Ativismo judicial e judicialização da política: critérios preliminares para uma necessária diferenciação.....	55
4. De volta ao caso: o problema do ativismo no MS 32326.....	59
5. Conclusão.....	60
Referências.....	60
<b>DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>63</b>
Christine Oliveira Peter	
1. Introdução .....	64
2. Do Estado de direitos fundamentais .....	65
3. Estado de direitos fundamentais e a ressignificação do Estado de direito .....	68
3.1. Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição.....	69
3.2. Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder.....	70
3.3. Da dogmática jurídico-subjetiva para a dogmática jurídico-objetiva dos direitos fundamentais .....	72
4. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional.....	76
4.2. Ativismo constitucional teórico: postura ativista.....	80
4.3. Ativismo constitucional metodológico: atitude ativista.....	82
5. Conclusão.....	84
Referências.....	85
<b>ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS .....</b>	<b>89</b>
Ciro di Benatti Galvão	
1. Conceituação, importância e contexto sociojurídico e político de realização do ativismo judicial	90
2. A noção operacional da separação dos poderes estatais e sua aplicação à jurisdição constitucional ....	94
3. Conclusão.....	97
Referências.....	98
<b>HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....</b>	<b>101</b>
Humberto Fernandes de Moura	
1. Introdução .....	102



<b>2. O pensamento central de Gadamer</b> .....	<b>102</b>
2.1. Tarefa da hermenêutica .....	103
2.2. A respeito da compreensão.....	103
2.4. A respeito da tradição .....	104
2.5. A respeito do preconceito.....	105
2.6. A respeito da dialética.....	106
<b>3. O pensamento de Richard A. Posner.....</b>	<b>107</b>
3.1. Do ceticismo moral .....	107
3.2. Da necessidade de conferir profissionalismo ao direito segundo a proposta pragmática.....	108
<b>4. Aproximações entre a hermenêutica de Gadamer e a atividade judicial pragmática sugerida por Posner .....</b>	<b>110</b>
4.1. A insuficiência da Filosofia Moral na resolução de problemas jurídicos .....	110
4.2. Os fatos (passados, presentes e futuros) como vetores da interpretação .....	110
4.3. A ampliação da pré-compreensão como requisito essencial para a hermenêutica.....	111
4.3.1. Das propostas práticas .....	112
4.3.1.1. Da utilização nas instâncias ordinárias das audiências públicas previstas na Lei 9.868/99.....	112
4.3.1.2. Da proposta de mudança do currículo das faculdades de direito .....	112
<b>5. Conclusão.....</b>	<b>113</b>
<b>Referências.....</b>	<b>113</b>

**O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA..... 116**

Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa

<b>1. Introdução</b> .....	<b>117</b>
<b>2. A passagem da supremacia do Poder Legislativo (governo das leis) para a supremacia do Poder Judiciário (governo dos homens)</b> .....	<b>118</b>
<b>3. O ativismo judicial</b> .....	<b>120</b>
<b>4. Desdobramentos da atividade criativa do juiz</b> .....	<b>124</b>
<b>5. Limites e controle do ativismo judicial.....</b>	<b>127</b>
<b>6. Conclusão.....</b>	<b>131</b>
<b>Referências.....</b>	<b>131</b>

**A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA ..... 135**

Thiago Aguiar Pádua

<b>1. Introdução</b> .....	<b>136</b>
<b>2. Uma breve referência ao “ativismo judicial”.....</b>	<b>137</b>
2.1. A questão dos “clichés constitucionais” .....	143

2.2. O ativismo judicial como cliché constitucional em LRB .....	148
<b>3. Conclusão.....</b>	<b>163</b>
<b>Referências.....</b>	<b>164</b>

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL ..... 170**

Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim

<b>1. Introdução .....</b>	<b>171</b>
<b>2. A leitura de Ronald Dworkin para a compreensão da legitimidade da justificação constitucional .....</b>	<b>172</b>
<b>3. A distinção necessária entre a judicialização da política e o ativismo judicial .....</b>	<b>175</b>
3.1. A judicialização da política .....	176
3.2. O Ativismo Judicial.....	179
3.3. A distinção aplicada na prática de atuação da jurisdição constitucional.....	182
<b>4. Conclusão.....</b>	<b>186</b>
<b>Referências.....</b>	<b>187</b>

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL.. 191**

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

<b>1. Introdução .....</b>	<b>192</b>
<b>2. A figura do juiz do Estado Liberal ao Estado Social.....</b>	<b>194</b>
2.1. O Juiz Imparcial: o positivismo jurídico e o compromisso com a segurança jurídica.....	194
2.2. O juiz do Estado Social: o instrumentalismo do processo e a relativização da imparcialidade.....	196
<b>3. O Ativismo Judicial e o Estado brasileiro contemporâneo .....</b>	<b>200</b>
3.1. A democracia brasileira e a “confluência perversa”.....	200
3.2. O Ativismo Judicial no Estado Brasileiro Contemporâneo.....	201
<b>4. Conclusão.....</b>	<b>204</b>
<b>Referências.....</b>	<b>205</b>

**GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS..... 207**

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO..... 209**

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

<b>1. Introdução .....</b>	<b>210</b>
<b>2. Da tripartição dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário .....</b>	<b>210</b>
<b>3. Os direitos sociais e sua proteção pelo Estado .....</b>	<b>212</b>
<b>4. Do ativismo judicial .....</b>	<b>214</b>
<b>5. Poder judiciário e políticas públicas.....</b>	<b>216</b>

6. Em busca de limites e parâmetros para o ativismo judicial.....	218
7. Conclusão.....	220
Referências.....	220

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL .....224**

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

1. Introdução .....	225
2. Políticas públicas e as dificuldades de controle judicial .....	226
2.1. Conceito de Políticas Públicas.....	226
2.2. Controle Judicial: breve descrição dos motivos impeditivos levantados pela doutrina. ....	227
3. Alguns aspectos sobre a hermenêutica e a indeterminação do direito.....	228
3.1. Da hermenêutica filosófica e constitucional .....	228
3.2. A indeterminação do Direito.....	230
3.2.1 Vagueza e ambiguidade.....	231
4. Tensões entre as opções valorativas e alguns aspectos sobre o uso dos instrumentos de hermenêutica.....	232
4.1. Tensões em relação às opções valorativas .....	232
4.2. Aspectos sobre a utilização dos instrumentos de hermenêutica no controle judicial em matéria de políticas públicas .....	233
5. Conclusão.....	235
Referências.....	236

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL .....239**

Sílvio Dagoberto Orsatto

1. Introdução .....	240
2. A democracia substantiva como expressão do estado contemporâneo .....	241
3. Um reexame da contribuição da história do período colonial para a formação e evolução do Estado no Brasil até o atual modelo de Estado democrático de direito .....	243
4. O fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais sociais como manifestação ativa do poder judiciário no cumprimento da promessa do Estado Constitucional .....	246
5. Conclusão.....	249
Referências.....	250

**POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO .....253**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

1. Introdução .....	254
---------------------	-----

2. Políticas públicas: aproximação epistemológica.....	254
3. Política pública e seus processos estruturantes .....	256
4. O locus do processo eleitoral.....	256
5. O processo eleitoral como mediador do dissenso .....	258
6. A dinâmica do processo eleitoral em regimes presidencialistas .....	258
7. Democracia: de status a prática política.....	259
8. A dimensão jurídica da democracia: tipologia das garantias.....	260
9. Políticas públicas e arranjo institucional.....	261
10. Conclusão .....	262
Referências.....	262

## **A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

1. Introdução .....	266
2. Tutela internacional do direito à moradia.....	269
3. Política habitacional.....	273
3.1. Déficit habitacional brasileiro.....	273
3.2. Política Nacional de Habitação de Interesse Social.....	274
3.3. Política habitacional do Distrito Federal.....	277
4. Desafios da Tutela judicial do direito à moradia .....	281
5. Ativismo judicial e moradia: uma proposta efetiva de tutela .....	285
6. Conclusão .....	288
Referências.....	288

## **ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291**

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

1. Introdução .....	292
2. O direito à saúde na Constituição Federal .....	292
3. O planejamento das ações governamentais: breves considerações .....	293
4. O direito à saúde na arena judicial.....	296
5. Judicialização e ativismo judicial.....	300
6. A judicialização do direito à saúde e o levante ativista do Poder Judiciário .....	302
7. Conclusão.....	306
Referências.....	307

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310**

Urá Lobato Martins

<b>1. Introdução .....</b>	<b>311</b>
<b>2. Contextualizando o fenômeno da judicialização do direito à saúde .....</b>	<b>311</b>
<b>3. Argumentos contrários à judicialização das políticas públicas que versam sobre o direito à saúde (tese procedimentalista) .....</b>	<b>314</b>
3.1. Riscos para a legitimidade democrática.....	314
3.2. Teoria da reserva do possível: escassez dos recursos orçamentários .....	315
<b>4. Argumentos favoráveis à judicialização das políticas públicas (tese substancialista).....</b>	<b>317</b>
4.1. O direito subjetivo individual à saúde, segundo a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls .....	319
<b>5. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o direito à saúde .....</b>	<b>321</b>
5.1. Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47 (julgamento em 17 de março de 2010).....	321
5.2. Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada n. 334 (julgamento em 24 de junho de 2010).....	323
5.3. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental 824946 (julgamento em 25 de junho de 2013) .....	324
5.4. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 822882 (julgamento em 10 de junho de 2014) .....	324
5.5. Recurso Extraordinário n. 429903 (julgamento em 25 de junho de 2014) .....	325
<b>6. Conclusão.....</b>	<b>326</b>
<b>Referências.....</b>	<b>327</b>

**BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA .....330**

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

<b>1. Introdução .....</b>	<b>331</b>
<b>2. Direito e biopolítica .....</b>	<b>332</b>
2.1. Breve histórico das configurações de poder.....	333
2.2. O nascimento do biopoder .....	334
2.3. Medicina social e biopolítica.....	336
<b>3. O julgamento da ADPF n. 54.....</b>	<b>337</b>
3.1. Exame, normalização e decisão judicial.....	338
3.2. A identidade entre saúde e dignidade humana.....	341
<b>4. Conclusão.....</b>	<b>344</b>
<b>Referências.....</b>	<b>345</b>

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348**

Renan Posella Mandarinou e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

1. Introdução .....	349
2. Ativismo judicial e judicialização da política: uma diferenciação necessária.....	349
2. Política das relações consumeristas.....	352
3. Controle jurisdicional dos contratos de plano de saúde no estado de São Paulo .....	356
4. Conclusão.....	359
Referências.....	359

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS .....362**

Larissa Ribeiro da Cruz Godoy

1. Introdução .....	363
2. Atuação e Ativismo Judicial.....	364
3. A participação do amicus curiae e as audiências públicas no STF .....	366
3.1. A legislação processual constitucional de regência .....	367
3.2. As experiências no STF.....	368
3.3. O caso da demarcação de terras quilombolas.....	369
4. Conclusão.....	371
Referências.....	372

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....375**

Fábio Campelo Conrado de Holanda

1. Introdução .....	376
2. A legislação indigenista em meio aos conflitos políticos.....	376
3. Políticas públicas e etnodesenvolvimento .....	382
4. Conclusão.....	387
Referências.....	388

**TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....392**

Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria

1. Introdução .....	393
2. Paralelo entre o ativismo e a judicialização política doméstica e internacional.....	394

3. Efeitos do ativismo no caso <i>Artavia Murillo et al. versus Costa Rica</i> .....	397
4. Instrumentos de contenção e do ativismo judicial da CoIDH e limitação de eventuais efeitos nocivos .....	399
4.1. Composição dos membros que integram a Corte.....	400
4.2. Margem nacional de apreciação .....	401
5. Conclusão.....	405
Referências.....	406

## **O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS..... 410**

André Pires Gontijo

1. Introdução .....	411
2. O papel “original” da Corte Interamericana: a feição de jurisdição facultativa .....	412
3. Os passos da evolução: a afirmação da Corte Interamericana como jurisdição obrigatória.....	413
4. A Corte Interamericana e o desenvolvimento do seu papel como jurisdição obrigatória .....	417
5. Consequências da Corte Interamericana se tornar uma jurisdição obrigatória: o adensamento de juridicidade de sua jurisprudência com o desenvolvimento da idéia de jus cogens .....	418
6. Conclusão.....	422
Referências.....	422

## **O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA..... 425**

Giovana Maria Frisso

1. Introdução .....	426
2. O projeto de constituição para a Europa.....	426
3. As condições necessárias a uma democracia constitucional europeia .....	427
4. O papel do judiciário em um modelo deliberativo de democracia .....	431
5. A Corte Europeia de Justiça .....	433
6. Conclusão.....	436
Referências.....	436

## **GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA..... 438**

### **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. .... 440**

Luís Inácio Lucena Adams

1. Introdução .....	441
2. Liberdade de expressão .....	442

<b>3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</b> .....	442
<b>4. A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA</b> .....	444
4.1. O caso R.A.V. v. City of St. Paul .....	444
4.2. O caso Tinker v. Des Moines Independent Community School District.....	445
4.3. O caso Texas v. Johnson.....	446
4.4. O caso Mac Connell v. Federal Election Commission .....	446
4.5. O caso Citizens United v. Federal Election Commission .....	447
4.6. O caso McCutcheon et al. v. Federal Election Commission.....	448
4.7. O caso New York Times v. Sullivan .....	448
<b>5. Conclusão?</b> .....	449
<b>Referências</b> .....	450

**A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....452**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

1. Apresentação do problema, do argumento e do roteiro .....	453
2. A metáfora do dedo em riste e as ambiguidades da história alemã.....	456
3. O tema da culpa e a reconstrução da identidade nacional alemã nos pós-guerra .....	464
4. A Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional Federal e a agenda positiva e propositiva de uma nova cultura política.....	469
5. Conclusão.....	477
Referências.....	478

**ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....480**

Ivo Teixeira Gico Jr.

1. Introdução .....	480
2. A Função de Produção do Capital Jurídico e os Magistrados.....	481
3. Modelos de Comportamento Judicial: parceiros ou adversários? .....	486
4. A Coordenação entre Magistrados como um Problema Agente-Principal.....	487
5. O Comportamento do Juiz Estratégico .....	490
6. Conclusão.....	497
Referências.....	498

**A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA ..... 501**

Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

1. Introdução .....	502
---------------------	-----



2. A maioria democrática e a virtude republicana .....	507
3. Separação dos poderes e a (in)tocabilidade dos atos do parlamento no moderno constitucionalismo .....	510
4. A nomogêneses da lei e a atuação do poder judiciário .....	511
5. Conclusão.....	514
Referências.....	514

**PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL..... 519**

Leonardo Zehuri Tovar

1. Introdução .....	519
2. Constitucionalismo dirigente e tribunais constitucionais: a importância da cúpula judiciária ...	520
3. Acesso à justiça e judicialização da política: (re)colocando o problema do aumento da litigiosidade.....	523
4. A reificação do Poder Judiciário como cura para afasia social brasileira .....	527
5. O exemplo paradigmático de uma teoria (mal) aplicada e que, em tese, serve de aporte a posturas ativistas .....	528
6. A importância da motivação das decisões judiciais .....	531
7. Conclusão.....	533
Referências.....	534

**POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA..... 538**

Saul Tourinho Leal

Referências.....	550
------------------	-----

**DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS ..... 553**

Jefferson Carús Guedes

1. Observação sobre a atualização e introdução.....	554
2. Estágios evolutivos recentes no direito processual brasileiro .....	555
2.1 Evolução do direito processual nas últimas décadas .....	555
2.2. Processo civil e respostas às demandas sociais: a visão histórica da doutrina .....	557
3. Teoria do processo e teoria dos procedimentos .....	560
4. Critérios de classificação dos processos na jurisdição não penal .....	562
4.1. Processo para defesa dos interesses públicos ou do patrimônio público.....	563
4.1.1. Direito Processual Constitucional.....	563
4.1.3. Direito Processual Tributário.....	565
4.1.4. Direito Processual Eleitoral .....	565
4.1.5. Direito Processual Ambiental.....	566

4.2. Processo para defesa de interesses individuais privados .....	566
4.2.1. Direito Processual Civil .....	567
4.2.2. Direito Processual Empresarial .....	567
4.3. Processos para defesa de interesses individuais especiais (Direito Processual de Grupos Sociais).....	568
4.3.1. Direito Processual do Trabalho .....	568
4.3.2. Direito Processual Imobiliário Agrário e Urbano .....	569
4.3.3. Direito Processual Previdenciário e assistencial social.....	570
4.3.4. Direito Processual do Consumidor.....	571
4.3.5. Direito Processual do Nascituro, da Criança e Adolescente e dos Jovens.....	571
4.3.6. Direito Processual dos Idosos .....	572
4.3.7. Direito Processual dos Acidentados e de Pessoas com Deficiência .....	573
4.3.8. Direito Processual da Família .....	574
4.3.9. Direito Processual dos Negros, Pardos, Indígenas e outros grupos étnicos.....	575
<b>5. Do acesso à Justiça ao Direito Processual de Grupos Sociais .....</b>	<b>576</b>
5.1. Acesso à Justiça, socialização do processo e processo justo.....	576
5.2. Direito Social e Direito Processual de Grupos Sociais .....	577
5.3. ‘Ativismo’ processual e Direito Processual de Grupos Sociais .....	578
<b>6. Juizados Especiais como microsistema legal de Direito Processual de Grupos Sociais .....</b>	<b>579</b>
<b>7. Direito Processual Coletivo (Constitucional, Trabalho, Consumidor, Ambiental, Tributário) como técnica de acesso ao Direito Processual de Grupos Sociais .....</b>	<b>580</b>
<b>8. O novo CPC e o Direito Processual de Grupos Sociais.....</b>	<b>581</b>
<b>Referências.....</b>	<b>582</b>

## **A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ÍSTEITES .....588**

Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira

1. Introdução .....	589
2. O realismo jurídico norte-americano.....	589
3. As bandeiras levantadas por Lenio Streck no contexto do realismo jurídico .....	594
4. A ausência de DNA jurídico constitucional das decisões.....	597
5. Conclusão.....	603
<b>Referências.....</b>	<b>603</b>

## **A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS .....606**

Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza

1. Introdução .....	607
2. A conduta omissiva do legislador .....	608

3. A resolução n. 23.389/2013 do Tribunal Superior Eleitoral e a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal .....	611
4. A função normativa da jurisdição constitucional .....	612
5. Conclusão.....	619
Referências.....	619

**O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26:  
UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL .....** 622

Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves

1. Introdução .....	623
2. Limites ao ativismo judicial.....	624
2.1. O restabelecimento da exigência do exame criminológico por meio da súmula vinculante número 26.....	626
2.2. O voto divergente do Ministro Marco Aurélio.....	627
3. O exame criminológico como requisito à progressão de regime: divergências .....	629
4. Conclusão.....	633
Referências.....	634

**NORMAS EDITORIAIS.....** 637

Envio dos trabalhos.....	639
--------------------------	-----

# GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Apontamentos para um debate  
sobre o ativismo judicial**

**Notes for a debate regarding  
judicial activism**

Inocêncio Mártires Coelho

# Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial\*

## Notes for a debate regarding judicial activism

Inocência Mártires Coelho\*\*

### RESUMO

Artigo que trata dos apontamentos críticos do ativismo judicial. O ponto de partida destas anotações há de ser o prévio esclarecimento de o que se entende por ativismo judicial e criação judicial do direito, dois conceitos que, pela sua proximidade, dão lugar a desentendimentos e controvérsias. O ativismo judicial apresenta-se na literatura como uma suposta invasão de competência própria do Poder Legislativo, mas que essa suposta usurpação de poder se mostra indispensável para realizar a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais contra eventuais agressões do legislador. Quanto à criação do direito pelo juiz, o essencial não é saber se ele pode ou deve assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinar de que maneira e em que limites se dará essa inevitável e necessária colaboração, pois toda lei precisa de consistência judicial. Como conclusão, reconhece-se que o juiz tem sido a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, de modo que o chamado ativismo judicial não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a imemorial criação judicial do direito.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Criação judicial do direito. Apontamentos críticos.

### ABSTRACT

Article about the critical notes of judicial activism. The starting point of these notes is to be the prior clarification of what is meant by judicial activism and judicial creation of law, two concepts which, by their proximity, giving rise to misunderstandings and controversies. Judicial activism is presented in the literature as an alleged invasion of the jurisdiction of the Legislature, but that this alleged usurpation of power is indispensable to accomplish the Constitution and make effective the fundamental rights against possible aggression by the legislature. Regarding the creation of law by the judge, the point is not whether it can or should take active and autonomous role in drafting the law, but to determine how and to what limits will be made this inevitable and necessary collaboration, because every law needs judicial consistency. As a conclusion, it is recognized that the judge has been the lifeblood of legal progress, the laborious architect of the new law against outdated formulas of traditional law, so-called judicial activism is

\* Artigo convidado

\*\* Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado e de Doutorado do Centro Universitário de Brasília — UniCEUB; Professor Titular (Aposentado) da Universidade de Brasília; Subprocurador-Geral da República (Aposentado); ex-Procurador-Geral da República. E-mail: inocenciocoelho@gmail.com

just a new expression with which you want to rename uncritically, the immemorial judicial creation of law.

**Keywords:** Judicial Activism. Judicial Creation of Law. Critical Notes.

## 1. INTRODUÇÃO

Assumindo-se que a *gramática do tema é a higiene da controvérsia*, o ponto de partida dessas anotações há de ser o prévio esclarecimento de o que se entende por *ativismo judicial* e *criação judicial do direito*, dois conceitos que, pela sua proximidade, dão lugar a desentendimentos e controvérsias.<sup>1</sup>

O mesmo se verifica com os conceitos afins de *criação* e de *interpretação do direito*, os quais — aparentemente contrapostos — a rigor se implicam mutuamente, pois sem a atividade hermenêutica não é possível aplicarem-se os enunciados normativos, abstratos e gerais, às situações da vida, singulares e concretas, com que se defrontam os operadores do direito, em geral.<sup>2</sup>

Se tivermos presente, por outro lado, o fenômeno contemporâneo do avanço das leis sobre os chamados “espaços livres do direito”, numa “hipertrofia legislativa” que se reflete negativamente sobre a própria segurança jurídica, veremos que mais e mais se incrementa essa inevitável atividade hermenêutica, que anda como que a reboque das “multidões de leis” e dos “furacões normativos”, que a todo instante se abatem sobre nós, por obra e graça desses afoitos “legisladores motorizados”, que de tanto legislar acabam provocando o que se convencionou chamar de *hipostenia legislativa*, ou seja, o enfraquecimento da clássica *força de lei*, tão cara ao Estado de Direito.<sup>3</sup>

Independentemente desses fatores conjunturais, num plano mais sofisticado, de nítida extração filosófica, Reale proclama a existência de uma essencial correlação entre ato normativo e ato interpretativo, elementos que se co-implicam e se integram e que só podem ser separados por abstração, para atender a exigências da pesquisa analítica.<sup>4</sup>

## 2. CONCEITOS DE ATIVISMO JUDICIAL E DE CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Pois bem, a fim de explicitar o conceito de *ativismo judicial* para os fins deste debate, nos valem, basicamente, de dois recentes estudos publicados no Brasil sobre o tema: *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, a erudita tese com a qual o jurista Elival da Silva Ramos ascendeu ao cargo de professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e que vem de ser publicada pela Editora Saraiva; e *Ativismo ou Alivex? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*, dissertação de alta qualidade

1 Letamendi, in Julio Otero y Valentin. *Etiologia jurídica*. Madrid: Aguilar, p. 23.

2 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 5. ed. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1, p. 613; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: p. 464-466. v. 2: “Parece coisa própria de profanos imaginar a aplicação da lei a um caso concreto como processo lógico de subsunção do particular sob o geral; [...] a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, que cada caso particular suscita, é essencialmente insuperável; [...] o notável nesta questão é que a tarefa hermenêutica de superar a distância entre a lei e o caso se coloca mesmo quando nenhuma mudança das relações sociais ou quaisquer outras alterações históricas façam com que o direito vigente pareça ultrapassado ou inadequado.”

3 Para uma visão geral desse problema, ver, entre outros, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 429; PÉREZ LUÑO, A. E. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993. p. 80; PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 13-15; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 39; MARCILLA CÓRDOBA, Gema. *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. p. 186; SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 27.

4 REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 247; REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 77 e nota 5.

com a qual o jovem constitucionalista Saul Tourinho Leal obteve o grau de Mestre em Direito, no Instituto Brasiliense de Direito Público, e que vem ser publicada pela Editora Fórum.

No que se refere à *criação judicial do direito*, tomamos como referência, essencialmente, três estudos tornados clássicos acerca do tema: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, do espanhol José Puig Brutau; *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, do francês Sadok Belaïd, e, por fim, a obra *Juizes legisladores?*, do italiano Mauro Cappelletti, mas advertidos, desde logo, pelo mestre argentino Genaro Carrió, de que em torno da expressão “os juizes criam direito” existe uma polêmica que parece interminável, não se sabendo ao certo se essa briga é apenas uma questão de fato, um desencontro puramente verbal ou, talvez, um desacordo de atitude entre os vários contendores. Afinal, como observa o igualmente clássico Henri De Page, a controvérsia sobre a autoridade da jurisprudência é tão velha quanto o direito, o que significa dizer-se que legislador e juiz sempre andaram juntos — ora bem próximos, ora mais afastados — embora muitos observadores de fora acreditem que eles deveriam dar-se as costas.<sup>5</sup> E isso sem precisarmos nos valer do mau exemplo dos regimes autoritários, nos quais os detentores do poder ditam as normas que eles mesmos aplicam ditatorialmente, razão por que são (des) qualificados como *ditadores*. Outro não é o sentido dessas palavras de Montesquieu, cuja permanente atualidade justifica lembrá-las:

A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.<sup>6</sup>

À primeira vista, numa interpretação literal desse texto clássico, poder-se-ia dizer que o ativismo judicial, na medida em que implica a criação de normas jurídicas — ainda que somente para a solução de casos concretos<sup>7</sup> —, configura procedimento vedado à magistratura, qual seja, a invasão de competência própria do Legislativo. Uma reflexão mais acurada, no entanto, acabará justificando certo incremento dessa criatividade — inclusive nos sistemas jurídicos de tradição continental —, chegando mesmo a evidenciar que essa suposta usurpação de poder se mostra indispensável para *realizar* a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais contra eventuais agressões do legislador.<sup>8</sup>

Não por acaso, em obra célebre, Jean Cruet afirmou, nos idos de 1908, que “o juiz, esse *ente inanimado*, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional”, assim como, em 1945, Gaston Morin proclamou a insurreição dos fatos contra o Código, a que se sucedeu idêntica revolta do próprio direito contra o Código,

5 CARRIÓ Genaro R. Los jueces crean derecho. In: NOTAS sobre derecho y lenguaje. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 105-114; PAGE, Henri de. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Payot, 1925. v. 2. p. 334.

6 MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. v. 1. p. 181.

7 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2. p. 292-298; KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del estado*. México: Unam, 1969. p. 156-160; ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 309-339; EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 137; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2012. p. 190-201.

8 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *El papel del juez en el estado de derecho*. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *La argumentación en el derecho*. 2. ed. Lima: Palestra, 2005. p. 45 *apud* SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 25, nota 40.



seja pela desarmonia entre o direito positivo e as necessidades econômicas e sociais, seja pelo conflito entre o direito atual e o espírito do Código Napoleão.<sup>9</sup>

### 3. A INEVITÁVEL E NECESSÁRIA CRIATIVIDADE DO INTÉRPRETE/APLICADOR DO DIREITO

Em definitivo — porque ninguém nega que, nalguma medida, quando decide, todo juiz sempre cria direito<sup>10</sup> —, o essencial não é sabermos se ele pode ou deve assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinarmos *de que maneira e em que limites* se dará essa inevitável e necessária colaboração, até porque, via de regra, toda lei precisa de *consistência judicial*, vale dizer, de uma espécie de juízo de validação pelo Judiciário, para que se tenha como efetiva e definitivamente em vigor, sendo certo, ademais, que a participação dos juízes na criação do direito varia, significativamente, conforme o tipo de norma que se tem de interpretar, aplicar e desenvolver.<sup>11</sup>

Ilustrativa, nesse particular, é a mensagem enviada ao Congresso Americano, em 8 de dezembro de 1908, pelo então presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt, que mesmo não sendo jurista, teceu essas certas considerações sobre o papel dos juízes na conformação do direito:

Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam se fazer portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas.<sup>12</sup>

Por essas e outras é que, diante da latitude do texto constitucional norte-americano e da conseqüente liberdade para interpretá-lo, Alexander Pekelis chegou a dizer que, a rigor, os Estados Unidos não teriam uma constituição escrita.

São desse jurista as palavras transcritas a seguir, que se tornaram clássicas em tema de interpretação constitucional e de criação judicial do direito.

Devemos recordar que em certo sentido os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade da sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser *justa*; que a proteção da lei deve ser *igual*; que as penas não devem ser nem *cruéis* nem *inusitadas*; que as cauções e as multas não devem ser *excessivas*; que as investigações ou as detenções não devem ser *motivadas*; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar *sem o devido processo legal*, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juízes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual.<sup>13</sup>

9 CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: José Bastos & Cia., 1908. p. 26; MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945. p. 2.

10 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 13-27; ROIG, Rafael de Asis. *Jueces e normas*. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 281-282;300.

11 PAGE, Henri de. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Payot, 1925. p. 123; LEVI, Edward H. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1971. p. 47; SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 136-137; CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire et prudence interpretative*: introduction générale. Paris: Dalloz, 2007. t. 50. p. 732. (Archives de philosophie du droit).

12 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 5.

13 PEKELIS, Alexander. La tecla para una ciencia jurídica estimativa. In: *El actual pensamiento jurídico norteamericano*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1951. p. 125.

Sob essa mesma compreensão do papel dos juízes e tribunais na criação do direito, sobretudo em sede constitucional, assim se expressou o erudito Francisco Campos, então Ministro de Estado da Justiça, em discurso proferido na solenidade de abertura dos trabalhos do STF, em 2 de abril de 1942:

Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva, mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, [então] no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida [for] a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie.<sup>14</sup>

A essa luz, uma defesa dogmático-jurídica da criatividade judicial do direito parece encontrar suporte, por exemplo, no art. 20, § 3º, da Constituição da Alemanha, cujo enunciado — *o poder legislativo está subordinado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito* — recebeu do Tribunal Constitucional Federal a seguinte interpretação, verbis:

A vinculação tradicional do juiz à lei, parte integrante fundamental do princípio da separação de poderes e, portanto, do Estado de Direito, foi, no entanto, modificada na sua formulação na Lei Fundamental, no sentido de que a administração da justiça está vinculada à lei e ao Direito. Com isso recusa-se, segundo a opinião geral, um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a convicção de que lei e Direito em geral se identificam faticamente, mas não sempre e necessariamente. O Direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Face às estatuições positivas do poder estadual, pode em certas circunstâncias existir um mais de D, que tem as suas fontes na ordem jurídica conforme à Constituição, como um todo de sentido e que pode operar como corretivo da lei escrita: achá-lo e realizá-lo em resoluções é tarefa da jurisprudência.<sup>15</sup>

Nesse contexto, o jurista e cientista político norte-americano Christopher Wolfe registra esta espirituosa argumentação, desenvolvida por alguns dos arautos do ativismo judicial, *verbis*:

Uma defesa possível para um poder judicial em expansão é, simplesmente, a satisfação com os seus resultados. A prova do pastel está em seu sabor, argumentam os defensores do Tribunal moderno, e o ativismo judicial — seja qual for a sua receita — tem produzido muito bem e pouco mal.<sup>16</sup>

#### 4. A REGRA DE RECONHECIMENTO E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS COMO LEGISLADORES POSITIVOS

De outra parte — o que se nos mostra de grande importância neste debate —, é o fato de que o acolhimento das leis pelos juízes parece ser o elemento decisivo para se dizer que uma norma pertence *de fato* a determinado sistema jurídico — a chamada *regra de reconhecimento*<sup>17</sup> —, uma realidade que se evidencia principalmente em sede de controle de constitucionalidade das leis, por exemplo, onde as cortes constitucionais ora *confirmam*, ora *transformam*, ora *excluem*, ora apenas *interpretam*, ora *revelam* a existência de normas até então não percebidas no interior dos ordenamentos jurídicos, o que parece dar razão ao intuitivo Lúcio Bittencourt, quando afirmou, em estudo de 1942, que a interpretação é parte integrante do processo legislativo.<sup>18</sup> Tudo somado, esse estado de coisas parece remeter para o museu da história a clássica tese kelseniana de que, ao examinar a validade das leis em face da Constituição, os tribunais constitucionais só poderiam agir como *legisladores negativos*.<sup>19</sup>

14 CAMPOS, Francisco. O Poder Judiciário na Constituição de 1937. In: *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 367.

15 *BVerfGE* 34, 269, 287. Ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2012. p. 522-524.

16 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 26-27.

17 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2007. p. 111-135.

18 BITTENCOURT, C. A. Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, ano 5, v. 4, n. 3, p. 121-127, dez. 1942.

19 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Brasília: UnB, 1990. p. 261; La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, p. 224, t. XLV, 1928; *Jurisdição con-*

Um ligeiro passar de olhos sobre as chamadas sentenças *intermediárias* — sobretudo aquelas de efeitos normativos —, proferidas pela Justiça Constitucional em diversos países mostrará o crescimento dessa heterônoma *legislação judicial*, o que levou alguns juristas a se perguntarem, entre perplexos e apreensivos, se já não estaríamos vivenciando uma transferência do poder político do legislador para o juiz e se, diante da onipotência do Judiciário, o atual Estado constitucional de Direito não seria uma simples *máscara ideológica*, com que se disfarça um verdadeiro Estado *judicial* de Direito.<sup>20</sup>

Não por acaso, ao se referirem aos tribunais constitucionais e aos seus integrantes, os críticos mais severos costumam chamá-los de *quarto poder, gabinetes na sombra, variantes do poder legislativo, legisladores complementares, parlamentos de notáveis, legisladores positivos, juízes soberanos, contra capitães, instâncias supremas de revisão* ou, mais ainda, *constituintes de plantão*, nominatas, todas elas, a evidenciar o inconformismo desses juristas com o que chamam de um *novo governo dos juízes*, reputado incompatível com o Estado *democrático* de Direito.<sup>21</sup>

## 5. O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS COMO GERADOR DO ATIVISMO JUDICIAL

Conquanto, normalmente, pelo menos que seja do nosso conhecimento, o ativismo judicial não seja visto a essa luz, acreditamos não cometer exagero se considerarmos que o controle *jurisdicional* da constitucionalidade das leis, pelos argumentos em que se sustenta e pelas consequências que desencadeia, parece consubstanciar a forma mais radical ou, se preferirmos, o exemplo emblemático desse procedimento da judicatura. Senão, vejamos.

Com efeito, se ampliarmos o foco sobre a seminal e paradigmática decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no célebre caso *Marbury versus Madison*, em fevereiro de 1803, não será difícil enxergarmos no veredicto proferido por esse tribunal a semente do que viria a ser, no curso da história, a institucionalização das cortes constitucionais como instâncias sobrepostas aos demais poderes do Estado e, por via de consequência, como juízes de sua própria autoridade, o que permitiu a Mauro Cappelletti afirmar, sem incômodo algum, que as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais e que a elas pertence, de fato, uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos poderes tradicionais, mas se projeta de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência às normas constitucionais.<sup>22</sup>

Para ilustrar essa tese, relembremos, *en passant*, os principais argumentos desenvolvidos em torno do tema, tendo como referência o aludido julgado e como roteiro doutrinário *A Lei e a Constituição*, do nosso saudoso mestre, professor Orlando Bitar.<sup>23</sup>

*stitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 152.

20 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 206-225; As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.) *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194; LA VEGA, Augusto Martín de. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 120; *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993; IBÁÑEZ, P. Andrés. *La justicia en el estado de derecho y la crisis del estado social, in justicia/conflicto*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 120; DÍAZ, Elias. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 110.

21 Sobre essas denominações críticas, cf., por todos, SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 838.

22 CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, p. 38, 1961.

23 BITAR, Orlando. A lei e a constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, 1978. v. 2. p. 77 e seguintes.

Pois bem. Por que foi atribuído ao Judiciário o poder ou o dever de declarar inválidos os atos inconstitucionais? Por que, se a Constituição é suprema, tal supremacia é decretada pelo Poder Judiciário, como faculdade inerente ao exercício da jurisdição?

Segundo a lição de Bitar, é no julgamento do famoso caso *Marbury versus Madison* que encontraremos uma fundamentação para essa prerrogativa, sustentada pelo *Chief Justice* John Marshall, sinteticamente, nos termos seguintes: “provado que a Constituição é suprema, sendo concomitante a nulidade dos atos em contrário, ela mesma, por implicância, dará ao Judiciário autoridade para proclamar aquela nulidade e invalidez.”<sup>24</sup>

A origem da questão, segundo o magistério de Charles Hughes, que foi Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, e de Charles Beard, citado por aquele *Chief Justice*, está na interpretação que a jurisprudência americana deu ao *Judiciary Act* de 1789, em razão do qual foi reconhecido aos tribunais dos Estados o poder de examinar a validade das leis do Congresso, cabendo à Suprema Corte o reexame das decisões locais, para confirmá-las ou reformá-las.

Se os autores dessa regra (*Judiciary Act*) julgavam a Suprema Corte competente para anular ou confirmar a decisão de uma Corte estadual, impugnando, como inconstitucional, uma lei federal, não seria absurdo admitir — enfatiza Beard — que eles também julgassem a Corte Suprema competente para declarar a inconstitucionalidade de um ato do Congresso, independentemente de qualquer decisão de tribunal estadual; absurdo seria admitir que um ato do Congresso pudesse ser anulado por um tribunal estadual, com aprovação da Suprema Corte, e não o pudesse ser diretamente pela própria Suprema Corte.<sup>25</sup>

Para Charles Hughes, ainda que não se reconhecesse essa autoridade da Suprema Corte, como reconhecida Lei de Administração da Justiça, ou como consequência das ideias que eram patrimônio comum do povo americano, quando se redigiu a Constituição, chegar-se-ia a resultado idêntico pela necessidade de pôr em prática as limitações que a Constituição estabeleceu à atividade legislativa do Congresso e os preceitos por ela instituídos para proteger os direitos individuais, nos termos dessa mesma Constituição.<sup>26</sup>

Desenvolvendo esse raciocínio, Hughes afirma que algum tribunal deveria existir para declarar em que casos aquelas limitações foram ultrapassadas ou aqueles direitos não foram reconhecidos ou respeitados. Naturalmente — prossegue ele —, esse tribunal não poderia ser o de um Estado, porque isso permitiria aos Estados anular a autoridade federal; nem se poderia atribuir tal prerrogativa ao Executivo, porque isso implicaria torná-lo superior ao Congresso; nem muito menos ao próprio Congresso, porque isso o tornaria juiz único de sua própria autoridade, capacitando-o a ultrapassar todos os limites impostos às suas faculdades e a sobrepor-se aos Estados.

Se a Constituição havia de ser judicialmente aplicada como norma suprema, na decisão de pleitos ou controvérsias, contra o disposto nas leis dos Estados — acentua Hughes —, em que se poderia apoiar quem sustentasse que essa aplicação judicial não teria idêntico cabimento contra o disposto em leis do Congresso? Haveriam de se manter as limitações estabelecidas na Constituição Federal em relação aos Estados e não em relação a quem tinha os poderes federais restringidos? Então, se o poder judicial se estendeu a tais casos, a decisão da Suprema Corte teria que ser necessariamente final.

A questão foi decidida pela própria Suprema Corte, no caso citado *Marbury versus Madison*, quando o *Chief Justice* John Marshall, sem as discriminar, refere-se a três provisões constitucionais que, conquanto não outorgassem expressamente ao Judiciário o poder de decretar a inconstitucionalidade das leis, continham implícita essa faculdade excepcional.

24 BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, 1978. p. 77.

25 BEAR, Charles A. *A Suprema Corte e a constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 71-72.

26 HUGHES, Charles Evans. *La Suprema Corte de Estados Unidos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945. p. 92-93.

Os dispositivos constitucionais invocados por Marshall são os seguintes:

*Art. III, Seção 2, Cláusula 1ª* — A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição, sob as leis dos Estados Unidos e os tratados celebrados ou que se celebrarem sob sua autoridade; etc.

*Art. VI, Cláusulas 2ª e 3ª* — Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados.

Os Senadores e Deputados acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição; etc.

Em síntese admirável, Orlando Bitar articula o raciocínio desenvolvido por Marshall: se os juizes, na forma do artigo III, têm a sua jurisdição estendida a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade, que nasçam sob a Constituição, as leis e os tratados, etc.; se, pelo artigo VI, a Constituição e as leis feitas em conformidade com ela, bem como os tratados celebrados sob a autoridade dos Estados Unidos, são a suprema lei da terra, terão as autoridades judiciárias, no julgamento de *casos e controvérsias*, de verificar, *sempre*, qual a lei aplicável. Inspeccionarão essas autoridades, antes de tudo, pelos preceitos mesmos do art. VI, a hierarquia das leis que tutelam os direitos e, dada a natureza limitada dos poderes do Congresso e das Assembleias, examinarão obrigatoriamente se não houve excesso de competência. Se tiver havido, é nulo e de nenhum efeito o ato exorbitante. Tal fundamento, inferido da necessidade de aplicação de uma lei a cada caso, na justificação da sentença, combina-se, assim, com o policiamento da competência definida de cada departamento, tudo confluindo com o poder de interpretação inerente à função judiciária.

Conquanto tenha sido acolhido pela Suprema Corte esse raciocínio de Marshall, a tal ponto que a doutrina do *judicial review*, no dizer de Hughes, praticamente se integrou ao sistema de governo dos Estados Unidos, da mesma forma que dele faz parte a própria função judicial, os críticos daquele grande Juiz dizem que os fundamentos da sua decisão foram deduzidos sem maior penetração e que, em lamentável petição de princípio, ele teria dado como provado exatamente aquilo que deveria provar, porque, em nenhuma passagem da Constituição, em nenhum dos seus dispositivos, havia qualquer referência à faculdade, afinal reconhecida e incorporada ao sistema jurídico norte-americano e aos sistemas jurídicos que nele se inspiraram, de os Tribunais declararem a inconstitucionalidade das leis.<sup>27</sup>

Em sentido contrário a essa crítica, encontramos as palavras lapidares de Hamilton, delegado de Nova Iorque à Convenção de Filadélfia e um dos protagonistas do Grande Ensaio (Carl Van Doren), de que resultou o notável monumento da sabedoria humana que é a Constituição Americana:

O direito dos tribunais para declarar nulos os atos da legislatura, com fundamento em que são contrários à Constituição, tem suscitado certas dúvidas como resultado da ideia errônea de que a doutrina que o sustém implicaria a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos da outra, necessariamente será superior àquela de quem procedem os atos anulados.

Não há proposição que se apoie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo o qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proibem.

27 BITAR, Orlando. A lei e a constituição. In: *Obras Completas de Orlando Bitar*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais do MEC, 1978. p. 77-78.

Se se disser que o corpo legislativo por si só é constitucionalmente o juiz de seus próprios direitos, e que a interpretação que *deles* se faz é decisiva para os outros departamentos, é lícito responder que não pode ser esta a presunção natural nos casos em que não se coligam disposições especiais da Constituição.

Não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar aos representantes do povo substituir sua vontade à de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade.

A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorrer entre as duas alguma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários.

Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são.<sup>28</sup>

## 6. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No Brasil, sob aplausos de uns e críticas de outros, nos deparamos com o STF, a nossa corte constitucional, a criar *direito novo*, embora ainda com a cautela de anunciar que as normas emergentes dos seus julgados não surgiram do nada, antes foram apenas *extraídas* do próprio texto da Constituição, onde estavam insinuadas, latentes ou implícitas, como que à espera do momento oportuno para se mostrarem às claras. Tal foi o caso da sentença em que o tribunal — num *exercício candente de ativismo judiciário*, no dizer de Elival da Silva Ramos — assentou o entendimento de que os mandatos políticos — no Legislativo ou no Executivo — pertencem aos partidos, razão por que haverão de perdê-los todos quantos abandonarem as suas legendas, seja trocando de partido, seja simplesmente desligando-se, sem justa causa, da agremiação pela qual se elegeram.<sup>29</sup>

Por *ativismo judicial* — segundo esse jurista —, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que, institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos); Saul Tourinho Leal, de sua parte, mesmo destacando que há dificuldade em se fixarem critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo *ativismo judicial*, assinala que essa expressão está associada à ideia de *exorbitância de competência* por parte do Poder Judiciário, razão por que — adverte —, chamar-se de *ativista* um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional.

Para esses dois autores, portanto, o ativismo judicial significa uma espécie de *mau comportamento* ou de *má consciência* do Judiciário acerca dos limites normativos substanciais do seu papel no sistema de separação de

28 HAMILTON, Alexander. *O federalista*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959. p. 313-315.

29 Adotando esse entendimento, o Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (TRE-DF), em 16/3/10, por 4x3 votos, cassou o mandato do então governador do DF, José Roberto Arruda, por infidelidade partidária, caracterizada, no caso, por sua *desfiliação partidária sem justa causa*. A corte seguiu o voto do desembargador Mário Machado, que entendeu não ter havido motivo justo para que Arruda deixasse o DEM, partido sob cuja legenda ele se elegera. Ameaçado por um processo no Conselho de Ética do partido, Arruda preferiu se desfiliar a ser expulso daquela agremiação partidária.

poderes do Estado Constitucional de Direito.<sup>30</sup>

Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria esses limites, a *criação judicial do Direito* seria o *exercício regular* do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que outra coisa não é senão *dar cada um o que é seu*, tratando igualmente os iguais e desigualmente dos desiguais, na medida da sua desigualdade.

Nesse sentido — nunca é demais lembrar — o clássico Jean Cruet afirmou, no começo do século passado, que o juiz, esse “ente inanimado” de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, uma ideia de resto compartilhada tanto por Henri De Page, para quem a lei é uma fórmula incompleta e tardia, que depende da doutrina e da jurisprudência para encontrar novos caminhos, quanto por Puig Brutau, ao dizer que o legislador nos dá a sensação de um míope equipado com uma arma poderosa, porque só se decide a atuar quando o objetivo que se propõe já está traçado por uma série de necessidades acumuladas; e, ainda, por Bruno Heusinger, ao proclamar, em 30/3/1968, no seu discurso de despedida da presidência do Tribunal Federal da Alemanha, que o ato de conhecimento do juiz é, simultaneamente, pensamento e ação, e que vida de juiz é vida ativa, e não vida contemplativa, uma autoanálise tão sincera quanto o reconhecimento, por Zaffaroni, de que o juiz asséptico, imparcial, objetivo ou incondicionado é uma *impossibilidade antropológica*.<sup>31</sup>

Assim vistas as coisas, pode-se dizer, em resumo, que qualquer avaliação crítica — criticar é distinguir — do problema do ativismo judicial implica delimitar a fronteira entre criação judicial do direito conforme ou desconforme com o traçado constitucional da separação dos poderes, fórmula que funciona bem nas situações de clara ultrapassagem dos limites, mas é de escassa ou nenhuma utilidade naqueles casos em que o próprio texto da Constituição — pela sua abertura semântica —, comporta leituras que, embora distintas, são igualmente defensáveis ou plausíveis. Por essa razão, há a observação, aparentemente estranha, de Karl Larenz, a nos dizer que o jurista considera “plausível” uma resolução quando pelo menos haja bons argumentos que apontem tanto no sentido da sua correção, quanto em sentido oposto.<sup>32</sup>

Essa sensação de estranheza se dissipa, no entanto, se tivermos presente que um conteúdo normativo vinculante não se obtém de um texto normativo *marco*; que não é possível subordinar-se a interpretação a algo que ela mesma irá produzir; ou, ainda, e finalmente, que sendo indeterminadas as normas constitucionais objeto de exegese, o seu significado só se revelará ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, não pode servir de ponto de partida.<sup>33</sup>

A liberdade do intérprete/aplicador do direito, por outro lado, há de ser uma liberdade responsável e autocontrolada, pois não lhe é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela e tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que, de antemão, ele sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos.<sup>34</sup> Afinal, é de ciência elementar, no âmbito da teoria do conhecimento, que o objeto transcende o sujeito, o qual, por isso mesmo, deve respeitar a *autonomia/alteridade* do objeto, sob pena de inviabilizar o evento cognitivo, na medida em que este consiste, precisamente, na apreensão — não na criação — do objeto pelo sujeito do conhecimento, mesmo sabendo-se que essa

30 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros Dogmáticos*. p. 129 e 138; LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24.

31 CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: J. Bastos, 1908. p. 26; PAGE, Henri de. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Payot, 1925. v. 1. p. 74-75; BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, p. 19; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 426; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994. p. 109.

32 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005. p. 414.

33 BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 32-34.

34 BETTI, Emilio. *La Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975. p. 32-33; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2005. p. 493.

apreensão decorre ou depende do trabalho do sujeito sobre o objeto que intenta conhecer.<sup>35</sup>

Nesse sentido é o ensinamento de Gadamer, a nos dizer que uma consciência formada *hermeneuticamente* tem que se mostrar receptiva, desde o começo, à *alteridade* do texto, sem que isso signifique neutralidade ou autodestruição diante dele; que uma verdadeira compreensão exige confronto/interação entre as verdades do intérprete e as verdades do texto; e que, enfim, uma coisa é respeitarmos a alteridade/transcendência do texto e outra, bem diversa, é adotarmos uma postura de “objetividade eunuca”, que a tanto equivale nos postarmos, passivamente, diante do que está escrito sem lhe provocar com alguma pergunta.<sup>36</sup>

No domínio da experiência jurídica, esse modo de ver o problema da relação sujeito/objeto do conhecimento jurídico remonta aos autores clássicos, como o já citado De Page, para quem o de que se trata é de construir uma teoria adaptada aos fatos, decorrente deles e suficientemente ampla e precisa para ponderar os prós e os contras; uma teoria capaz de estabelecer um critério apto a precisar a esfera de intervenção do juiz e de separá-la daquela outra, imaginada e obscuramente pressentida, em que o poder criador do juiz ficará interdito, no todo ou em parte, em razão de incompatibilidades objetivas, a serem determinadas; enfim, traçar a linha demarcatória entre a autoridade da lei e a liberdade da jurisprudência.<sup>37</sup>

Para posterior desenvolvimento, registramos que, ao menos em relação aos tribunais constitucionais, o juízo de reprovação do ativismo judicial, enquanto conduta que seria ofensiva ao dogma da separação de poderes, não é compartilhado por muitos juristas de expressão, como é o caso de Mauro Cappelletti, por exemplo, para quem, pela singular posição institucional de que desfrutam — situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes —, as cortes constitucionais não podem ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos, porque a elas pertence de fato uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos Poderes tradicionais, antes se projeta de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais.<sup>38</sup>

Mais expressiva, ainda, nessa rejeição à tese de que a criação judicial do direito ofenderia o princípio constitucional da separação dos poderes, é a posição de Ignácio de Otto, para quem, em realidade, a atribuição de valor vinculante à jurisprudência é o único modo de manter a própria separação de poderes, que estaria comprometida caso a interpretação das leis ficasse a cargo do próprio legislador, que as edita, e não do juiz, um terceiro imparcial, que fixa o sentido das normas à luz dos casos e controvérsias, complementando, por essa forma, a tarefa legislativa.<sup>39</sup>

Aceita, apenas para debate, essa distinção genérica entre ativismo judicial e criação judicial do Direito, podemos dizer, com Larenz, que somente uma época que identifique o Direito com a lei e esta com a vontade do legislador, assim como uma concepção instrumental do Direito ou uma concepção para a qual valem mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções do que a justiça, propende a reduzir a faculdade do juiz em relação à interpretação das leis e a negar o desenvolvimento aberto do Direito.<sup>40</sup>

Se, ao contrário, tivermos presente que a lei não esgota o Direito, antes exige, quando necessário, concretizá-lo para além do sentido literal dos enunciados normativos, a função do juiz não se resumirá a *dizer* um direito previamente posto e sobreposto, e tampouco a servir de mero porta-voz do legislador, como preconizava Montesquieu, que reduzia o juiz à condição de *boca que pronuncia as palavras da lei*, e a função de

35 Sobre a importância do *fator subjetivo* no processo do conhecimento, ver SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo: M. Fontes, 1987, Capítulo I — *A Relação cognitiva, o processo do conhecimento, a verdade* - págs. 65-98.

36 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1. p. 335-440; e vol. II, 1994, p. 123.

37 PAGE, Henri de. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Payot, 1925. v. 2. p. 123-125.

38 CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, ano 2, v. 3, p. 38, jan./jun. 1961.

39 OTTO, Ignácio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 2007. p. 302-303.

40 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005. p. 521.



julgar, a uma espécie de *prerrogativa de certo modo nula*.<sup>41</sup>

Diversamente, esse *novo juiz* é aquele que faz o direito no momento em que decide as causas e controvérsias, porque verdadeiro legislador não é a pessoa que por primeiro escreveu ou ditou quaisquer normas jurídicas, mas quem dispõe de autoridade absoluta para *interpretá-las*, uma prerrogativa que se potencializa quando os enunciados normativos não veiculam comandos precisos ou *regras de direito*, antes se apresentam como fórmulas abertas, como *princípios jurídicos*, que servem de ponto de partida e de apoio para que o julgador construa a decisão que repute *correta e justa* em cada situação hermenêutica.<sup>42</sup>

Destarte, a precedência cronológica, no escrever como no falar, não tem a menor importância para a injuntividade do direito, porque só é juridicamente obrigatório, mesmo, aquilo que vier a ser estatuído no ato e no momento da decisão, e isso apenas por quem a tanto esteja institucionalmente autorizado, porque no Estado constitucional, como Estado de *competências*, só cria direito quem disponha de competência para fazê-lo.<sup>43</sup>

Aprofundando-se um pouco mais a análise do processo de realização do direito, percebe-se que, no começo da atividade hermenêutica, está o texto da lei, só aparentemente claro e fácil de aplicar, e no final — se este existe —, entretecida em torno do texto, encontra-se toda uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua aplicação no caso singular e que transmudou amplamente o seu conteúdo, a ponto de, em casos extremos, torná-lo quase irreconhecível. Um estranho resultado daquilo que o jurista se habituou a denominar simplesmente “aplicação das normas”, mas que um mínimo de sinceridade nos impõe reconhecer como aberta criação judicial do direito.<sup>44</sup>

E isso para não falarmos nos casos de falta de normas, em que o intérprete/aplicador — obrigado a dizer o direito —, tem não apenas o poder, mas, sobretudo, o dever de formular a *regra de decisão*, tarefa da qual se desincumbe, observa Reale, correlacionando dois princípios jurídicos fundamentais: o de que o juiz não pode se eximir de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei; e o de que, na omissão da lei, deve proceder como se fora legislador.<sup>45</sup>

E tamanha é a naturalidade com que se aceita e prestigia essa *legislação judicial*, que já se tornou lugar-comum entre os juristas conferir-se à jurisprudência o *status* de fonte imediata do direito, sendo cada vez mais expressivos e numerosos os estudos sobre a normatividade das decisões judiciais, em diferentes latitudes do mundo jurídico, assim como a publicação, em ritmo frenético, de repertórios de jurisprudência.<sup>46</sup>

Nesse panorama há mesmo quem afirme que, nalguns países, como na França e na Alemanha, por exemplo, onde a jurisprudência, em certos domínios, está em primeiro plano na evolução do direito, as obras de doutrina, muitas vezes, se limitam à exegese da jurisprudência, um fato que se observa na atual cultura jurídica brasileira.<sup>47</sup>

No âmbito legislativo, o mais destacado exemplo do reconhecimento e da inexorabilidade da força normativa dos precedentes judiciais é o artigo 557 do nosso CPC, ao consignar que o relator negará seguimento

41 MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. In: Oeuvres complètes de Montesquieu. Paris: Chez Lefrèvre; Éditeur, 1839, p.193 e 196; MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. v. 1. p.185-187.

42 HANS, Kelsen. *teoría general del derecho y del estado*. México: UNAM, 1969. p. 182-183; LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 398.

43 KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 151.

44 LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 250.

45 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.70.

46 Ver, entre vários outros, TUCCI, José Rogério Cruz E. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004; ROIG, Rafael de Asis. *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993; SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Aceres, 2006; VASQUEZ, Rodolfo et al. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara, 2003; SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993; RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

47 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: M. Fontes, 1986. p. 117.

a recurso que esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior, assim como, pelo mesmo fundamento, proverá recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com tais paradigmas, o que, tudo somado e já ampliado por decisões em torno desse dispositivo, significa atribuir *força de lei* às interpretações judiciais consolidadas, postura que, entre nós, remonta aos antigos *Prejulgados* da Justiça do Trabalho, enunciados normativos que o STF — então prisioneiro da separação dos poderes em sentido forte —, declarou inconstitucionais, mas neles acabou se inspirando para patrocinar, 60 anos depois, a constitucionalização da chamada *Súmula Vinculante*, uma espécie de *superlei*, que a todos se impõe, menos ao próprio STF, pois só a ele compete criar, alterar ou cancelar esses enunciados normativos.

A propósito, embora pela letra da Constituição (art. 103-A), o comando das *Súmulas Vinculantes* não se imponha ao Poder Legislativo, na prática o Parlamento acaba sofrendo, ainda que reflexamente, os efeitos inibidores de que são dotados esses enunciados hermenêuticos, pois em sua consciência dificilmente algum deputado ou senador se animará a propor projetos de lei na contramão do que, em matéria constitucional, tenha sido decidido pelo STF. E se o fizer e sua proposta converter-se em lei, esse ato legislativo não acarretará o cancelamento definitivo de *Súmula Vinculante* afrontada por essa lei, pela simples razão de que o STF poderá declará-la nula e de nenhum efeito, em sede de controle de constitucionalidade.

Em síntese, embora previstas como atos normativos infraconstitucionais, na prática as *Súmulas Vinculantes* acabam dotadas de *pretensão de injuntividade* idêntica à de que desfrutam os preceitos da própria Constituição.<sup>48</sup>

Diante desse estado de coisas, a configurar uma verdadeira *judicialização do direito*, tem razão o clássico René David, quando diz que mais do que as fórmulas dos autores e mais do que as obras de doutrina, é necessário, para se ter a visão justa da questão, atentar para um outro fator, que é a existência e o desenvolvimento das compilações ou repositórios de jurisprudência, obras que não são escritas para uso dos historiadores do direito e dos sociólogos, e tampouco para o prazer dos seus leitores, antes se elaboram para uso dos juristas práticos e só se explicam se a jurisprudência for, no verdadeiro sentido desta expressão, uma autêntica *fonte do direito*.<sup>49</sup>

No âmbito do direito público, é de merecer registro, igualmente, a observação de López Aguilar, a nos dizer que o Direito Constitucional já não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional, ideia presente, no essencial, tanto na frase do juiz Hughes, de que os Estados Unidos vivem sob uma Constituição, mas que essa carta política é aquilo que os seus juízes dizem que ela é, quanto na observação, esta do jusfilósofo espanhol Elias Díaz, de que o direito compõe-se não apenas de normas, mas também do trabalho dos seus operadores.<sup>50</sup>

Disso tudo emerge, agigantada, a figura do juiz, que deixa de ser um mero executor de comandos legislativos, vindos de cima e de fora, para se converter em legítimo criador de normas jurídicas, se não genéricas e de eficácia *erga omnes* — que incumbe ao legislador editar —, pelo menos como *regras de decisão*, de todo indispensáveis para que se individualizem e se concretizem os enunciados jurídico-normativos — sempre abstratos e gerais —, a que chamamos as *palavras da lei*.

Por tudo isso, não parece absurdo dizer-se que, na sua formulação legal, a norma jurídica — alheia às circunstâncias de cada caso —, há de ser, por princípio, abstrata e geral e, não raro, por isso mesmo, necessaria-

48 Sobre o conceito de *pretensão de injuntividade*, ver LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005. p. 262.

49 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: M. Fontes, 1986. p. 118.

50 LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. *Lo constitucional en el Derecho: sobre la idea e ideas de Constitución y Orden jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 60. A frase de Hughes é referida, entre outros, por Antonio Carrillo Flores, no *Prólogo* à edição espanhola da obra de Charles Evans Hughes *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation*, publicada em 1946, pelo Fondo de Cultura Económica, com o título *La Suprema Corte de Estados Unidos*; DÍAZ, Elias. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 22.

mente injusta, raciocínio que encontra correspondência no pensamento do famoso juiz Holmes, para quem as proposições gerais não resolvem os casos particulares e, por isso, a decisão a ser proferida dependerá de um juízo ou intuição mais sutil do que qualquer articulada premissa maior.<sup>51</sup>

De mais a mais, como assinala o mesmo Puig Brutau, se as regras gerais decidissem os casos particulares, o Direito só evoluiria com a promulgação de leis de caráter geral, o que é contrariado pela história, a nos mostrar que nos séculos XIX e XX, por exemplo, não só na América como noutras partes do mundo, os grandes avanços do Direito decorreram da atividade prática dos juristas, ainda que muitos deles não se deem conta da sua capacidade criadora e alimentem a mais ingênua confiança no valor do método dedutivo, acreditando que é da lei, como premissa maior, que se extraem, por derivação silogística, as soluções para os casos concretos.<sup>52</sup>

E a tal ponto vai essa atuação instauradora de modelos jurídicos novos, por parte dos intérpretes/aplicadores do direito, em cada situação hermenêutica, que autores como o citado Puig Brutau, por exemplo, chegam a dizer que não se trata propriamente de concretizar uma norma abstrata — pois isso ainda seria aplicá-la mecanicamente —, e, sim, de criar uma regra concreta [direito novo, portanto], que resolva o problema e, pela sua eficácia, possa valer como precedente.<sup>53</sup>

Para não se chegar a tanto e, dessa forma, a pretexto de realizar a justiça em sentido material, acabar permitindo que o juiz invada o espaço nomogenético que o constituinte reservou ao legislador — o que caracterizaria o *ativismo judicial* como conduta constitucionalmente indevida —, bastaria dizermos que, na criação do direito, tarefa que lhes é comum<sup>54</sup>, legisladores e juizes atuam em dois tempos e a quatro mãos, no âmbito de um *acordo tácito* — alguns chegam a falar em *cumplicidade*<sup>55</sup> —, por força de cujas cláusulas, em obediência à *natureza das coisas* e ao princípio da *separação dos poderes*, o Parlamento continua com o monopólio da *redação* das leis, mas o Judiciário fica liberado para interpretá-las *criativamente*, de preferência se o fizer dizendo que as suas *leituras* não ultrapassam o *sentido literal possível* desses enunciados normativos.<sup>56</sup>

É assim que se “comportam” lei e função judicial na criação do direito, porque não é somente a lei, mas também a função judicial, que, juntas, proporcionam ao povo o seu direito.<sup>57</sup>

Visualizada essa questão no contexto do *multiculturalismo* dos nossos dias; da *materialização* das modernas cartas políticas; e da concomitante estruturação dos enunciados constitucionais sob a forma de *princípios*, torna-se evidente que o juiz não *aplica* normas a fatos, nem *subsume* fatos a normas, porque, outra vez, os fatos se revoltam contra os códigos e a realidade se opõe à lei, exigindo dos juristas uma capacidade sobre-humana para equacionar problemas que nem o mais clarividente dos legisladores poderia imaginar.<sup>58</sup>

Posta a questão dessa forma, vale dizer, em termos de pluralidade de convicções e distintos modos de vida, outra indagação de maior profundidade se coloca diante de nós, desafiando-nos a revelar qual o *critério de verdade* que legitimaria a imposição de crenças particulares à obediência geral, como acontece na seara dos *direitos humanos*, por exemplo, cujas solenes *Declarações*, embora autodenominadas *universais*, são vistas pelos críticos como textos *ocidentais* e, por isso mesmo, carentes de normatividade para quem vive do *outro lado do mundo* e ali se conduz em conformidade com valores diversos.

51 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. Sobre lo jurídico y lo justo. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El derecho, la ley e el juez*; dos estudos. Madrid: Civitas, 2000. p. 76; HOLMES, Oliver Wendell *apud* BRUTAU, José Puig. *La jurisprudência como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 49, nota 2.

52 BRUTAU, José Puig. *La jurisprudência como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 50.

53 BRUTAU, José Puig. *La jurisprudência como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 51.

54 LEVI, Edward H. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: Eudeba, 1971. p. 47: “Las legislaturas y los tribunales son cuerpos creadores de derecho que actúan en colaboración”.

55 SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 84.

56 LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 366-370.

57 ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968. p. 325-413. Especialmente o Capítulo VII.

58 MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945.

É o que se evidencia, entre outros, num instigante ensaio de Panikar, em que ele ressalta que a formulação desses direitos emergiu de um diálogo muito parcial no seio das culturas existentes no mundo, indagando, a seguir, se em razão da estreiteza desse ponto de partida a noção dos direitos humanos não seria um conceito marcadamente ocidental.<sup>59</sup>

O tema é de gritante atualidade e a sua problemática cada vez mais crítica, na exata medida em que, por força da crescente transumância e da globalização das relações humanas, avolumam-se os conflitos interculturais — de que são exemplos significativos as controvérsias do *Crucifixo* e do *Véu Islâmico*, com que se defrontou o Tribunal Constitucional da Alemanha, e o particularmente dramático caso da *Excisão*, submetido ao Tribunal Criminal de Paris<sup>60</sup> —, a desafiem a capacidade do Estado Democrático de Direito, em especial dos órgãos da sua jurisdição constitucional, para administrar essas diferenças sem que, por excesso de zelo com as minorias, acabe por fragmentar a própria sociedade, como adverte Habermas, para quem a coexistência, com igualdade de direitos, de *diferentes formas de vida* não pode levar a uma segmentação social, antes exige a integração dos cidadãos do Estado e o reconhecimento recíproco de suas pertenças a grupos sub-culturais, no quadro de uma cultura política que há de ser compartilhada<sup>61</sup>, até porque nesses contextos de expansão do pluralismo ético e cultural, é muito provável que o exercício da autoridade seja percebido como a imposição de normas e/ou valores não compartilhados.<sup>62</sup>

Diante desse panorama desafiador, no qual o Estado de Direito se autocompreende e se afirma *democrático, pluralista* e comprometido com a causa dos *direitos humanos*, mostram-se particularmente embaraçosas, se não mesmo insolúveis, questões como as formuladas a seguir — todas suscitadas a propósito de casos concretos submetidos à jurisdição constitucional — pela simples razão de que não dispomos de nenhum *critério de verdade* para respondê-las adequadamente, formulando *regras de decisão* aptas a realizar a justiça em sentido material, que outra coisa não é senão *dar a cada um o que é seu*.

Melhor do que quaisquer reflexões em abstrato sobre a sua extrema complexidade, as próprias questões se encarregam de evidenciar as aporias a que nos conduzem. Senão, vejamos.<sup>63</sup>

- *Pode um motociclista sikh exigir que se lhe dispense da obrigação geral de usar capacete, invocando o seu dever religioso de vestir turbante?*
- *Cabe exigir-se de um preso judeu que aceite os alimentos comuns da prisão ou se deve oferecer-lhe comida kosher?*
- *Tem direito um trabalhador muçulmano de interromper brevemente o seu trabalho para fazer as orações prescritas pela sua religião?*
- *Pode ser despedido um trabalhador por não assumir o seu posto de trabalho nos dias em que se celebram as festividades máximas da sua comunidade religiosa?*
- *Perde o auxílio-desemprego o trabalhador despedido por esse motivo?*
- *Deve permitir-se aos comerciantes judeus que abram os seus negócios aos domingos, dado que não podem fazê-lo nos sábados porque a sua religião lhes proíbe?*
- *Tem direito uma aluna islâmica de ser dispensada da aula de educação física, em colégio misto, porque não lhe é permitido mostrar-se em traje esportivo a pessoas de outro sexo?*
- *Podem usar o seu véu na sala de aula as alunas islâmicas?*
- *O que acontece quando não se trata das alunas, mas das professoras de uma escola pública?*

59 PANIKAR, Raimundo. É a noção de direitos humanos um conceito ocidental? *Revista Diógenes*, Brasília, p. 5-28, 1983.

60 ALÁEZ CORRAL, Benito; ALVAREZ ALVAREZ, Leonardo. *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encucijadas del cambio de milênio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 938-978 e 978-1039; CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998. p. 83-91.

61 HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 300.

62 VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación: elementos de teoría hermenéutica del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 90.

63 DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007. p. 54-56.

- Vigora para as monjas católicas uma regra diferente da que se aplica às professoras muçulmanas?
- Podem os imigrantes exigir que o enterro dos seus mortos se faça conforme as prescrições da sua religião, sem submeter-se ao regime geral do direito funerário vigente no país de acolhida?
- Podem as autoridades alemãs exigir de uma estrangeira a ser expulsa para o seu país de origem que ponha o véu para ser fotografada, sob o argumento de que o país que vai recebê-la só reconhece as fotos das mulheres que se mostram com véu?
- Deve ser tolerada nas cidades alemãs a difusão em altofalantes da chamada do muezîm para as orações, assim como se permite o toque dos sinos na torre das igrejas cristãs?
- Podem os pais recusar, por motivos religiosos, que receba transfusão de sangue um filho seu que esteja em perigo de morte?
- Deve permitir-se aos estrangeiros que degolem animais conforme os mandamentos da sua religião, ainda que isso contrarie as leis nacionais de proteção dos animais?
- Podem os pais estrangeiros, conforme os seus costumes culturais, privar as filhas de educação superior ou casá-las contra a vontade?
- Deve-se prever uma dispensa da escolarização obrigatória quando os fins educativos da escola pública contradigam as concepções de valor de determinado grupo cultural?
- Deve-se autorizar a poligamia aos imigrantes no país de acolhida quando ela é permitida em seu país de origem?

Diante dessas questões, que a sinceridade nos obriga a considerar pelo menos incômodas, é de se perguntar se o Estado Constitucional de Direito está em condições de enfrentar tais problemas e dar-lhes soluções que se possam considerar não apenas *corretas*, mas também *justas*, vale dizer, plenamente justificadas *por dentro* e *por fora* <sup>3/4</sup> justificação interna e justificação externa <sup>3/4</sup>, como se exige das decisões que se pretendem *jurídica* e *moralmente* aceitáveis.

Como, por outro lado, todas essas indagações consubstanciam *questões de direitos humanos*, seu deslinde está afeto, imediatamente, às cortes constitucionais dos Estados onde surgem tais controvérsias, assim como, mediamente, às instâncias internacionais ou supranacionais, que já recebem *petições* de indivíduos ou grupos de particulares que se considerem vítimas de violação dos direitos humanos, por qualquer Estado, nos termos e para os efeitos da ordem jurídica internacional.<sup>64</sup>

De igual modo, não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, se furte ao dever de dar a cada um o que é seu, de preferência *secundum legem* ou *praeter legem*, mas, se necessário, até mesmo *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito, como astatui o já citado art. 20.3, da Lei Fundamental de Bonn, a dizer que o Executivo e o Judiciário obedecem à Lei e ao Direito, expressando, assim, que “Lei” e “Direito” não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a Lei, um conteúdo suplementar de sentido, ou, ainda, que esse aditamento remete, na verdade, para além da Lei, para um Direito supralegal, que sendo anterior e superior a qualquer direito posto, impõe-se até mesmo às normas constitucionais, como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor fundante de toda a experiência ética.<sup>65</sup>

Sendo esse o panorama atual, nos diferentes quadrantes do mundo jurídico, não seria aceitável que, no Brasil, se adotasse comportamento diverso e, na contramão da história, ficássemos apegados, anacronicamente, ao princípio da separação dos poderes em sentido forte, como se isso ainda fosse preciso, depois de superados os obstáculos com que se defrontaram os formuladores desse dogma, e consolidado o sistema de freios e contrapesos, graças a cujo funcionamento efetivo o poder controla o poder e o cidadão pode dormir em paz.

64 SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 474-492; QUOC DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Derecho internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003. p. 671; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: UnB, 1998. p. 17-21.

65 LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2012. p. 522; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Gulbenkian, 1988. p. 333; BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Civitas, 1985. p. 37-43; HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. México: Unam, 2001. p. 169 e seguintes; REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 70-74; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 211-214; REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 114.

Se, ainda assim, os adversários da criação judicial do direito recearem a instauração ou a reinstauração de um indesejável *governo dos juízes*, que, a ser perigoso, o será em qualquer direção, poderão esses críticos ficar sossegados, pois, se algum poder ainda se faz temido e, por isso, deve ser controlado, não é certamente o poder do juiz democrático, que desfrutava da confiança de Hamilton, mas o do monarca despótico, que assustava Montesquieu. Hoje, como ontem, o Judiciário continua a ser o mais “neutro” dos Poderes, e os juízes, os “menos perigosos” dos agentes políticos, porque não dispõem nem da *bolsa* nem da *espada* para ameaçar a liberdade dos cidadãos.<sup>66</sup>

Portanto, e noutras palavras, o de que se trata é de *reinterpretar* esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação *política* do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o *alargamento* da cidadania e a *realização* dos direitos fundamentais.<sup>67</sup>

Vistas as coisas sob essa ótica, não temos receio em dizer que aquilo que se critica, sem maior profundidade, como *ativismo judicial* — no Brasil, como alhures —, não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a indispensável e assumida participação da magistratura na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, completando-lhe a obra e acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo e rápido demais para reger-se por fórmulas ultrapassadas. E isso sem precisarmos apelar para os argumentos linguísticos, que, sabidamente, dão respaldo à inevitável criatividade dos intérpretes/aplicadores do direito, diante da circunstância de que as situações de fato particulares não esperam pelos juízes já separadas umas das outras e com etiquetas apostas como casos de incidência da regra geral, cuja aplicação está em causa, e tampouco essa regra geral, em si mesma, pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação.<sup>68</sup>

Afinal, como assinalou Mauro Cappelletti, ao comparar os textos legais com outras *formas significativas*, e como ponderou François Rigaux, em suas reflexões sobre a *legislação judicial*, pode-se dizer que, por mais que se esforce em permanecer fiel ao seu “texto”, o intérprete/aplicador do direito será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* e a *dobrar a lei*, porque não há texto legislativo nem tampouco texto musical ou poético, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa.<sup>69</sup>

Em suma, sem a mediação dos operadores jurídicos, as situações de fato e as regras gerais não se encaixam, os textos não falam, o seu significado latente não se manifesta e o direito deixa de cumprir a sua função precípua de instrumento ordenador das relações sociais.<sup>70</sup>

Sob essa nova compreensão do papel do Judiciário como legítimo produtor de modelos jurídicos autônomos — que nem por isso configuram atos legislativos<sup>71</sup> —, pode-se dizer que, apesar do grande esforço

66 HAMILTON, Alexander. *Os juízes como guardiões da Constituição*. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: UnB, 1984. p. 576; SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005. p. 125.

67 Cf., entre outros, CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p. 339-354; DJORDJEVIC, J. et al. *O papel do executivo no estado moderno*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1959; BURDEAU, Georges. *O poder executivo na França*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961; PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: 1989; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993; BRITO, J. Sousa e et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1998; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

68 HART, Herbert L. H. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2007. p. 139.

69 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 22; RIGAU, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p.185.

70 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 396; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2009. p. 282 e 439-441.

71 ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires:

despendido para condenar o que chamou de “ativismo na recente jurisprudência do STF”, o ilustre constitucionalista pátrio Elival da Silva Ramos parece não ter alcançado esse objetivo, na medida em que as decisões que ele apontou como ilustrativas desse suposto “mau comportamento” da nossa Excelsa Corte, em face do princípio da separação dos poderes, bem podem assimilar-se como exemplos da natural *criação judicial do direito*, tanto mais aceitáveis quanto respaldadas em argumentos que evidenciam tratar-se de soluções que, embora ousadas ou simplesmente altivas, ainda são compatíveis com o programa normativo da Constituição.<sup>72</sup>

Mesmo assim, convém ter-se presente a advertência de Karl Larenz, a nos dizer que, em princípio, os juizes — porque vinculados à lei e ao Direito —, não têm a faculdade de emitir resoluções *contra legem*, embora possam e devam promover o desenvolvimento do Direito *superador da lei*, quando assim o exijam o tráfego jurídico, a praticabilidade das normas jurídicas, a natureza das coisas e os princípios ético-jurídicos subjacentes à ordem jurídica no seu conjunto. Mas tudo isso sem ultrapassar o limite da sua competência, que, em concreto, nem sempre é facilmente cognoscível. Caso contrário, as suas decisões correm o risco de ser interpretadas como tomada de partido ante as divergências de opiniões políticas e já não serem aceitas como enunciados fundados no Direito, como *considerações especificamente jurídicas*.<sup>73</sup>

Finalmente, mas antes de encerrar, uma observação que normalmente não ocorre nem aos defensores, nem, obviamente, aos detratores do ativismo *judicial*: a criação judicial do direito, aplaudida por uns e mal-sinada por outros, não constitui ato solitário e, tampouco, espontâneo dos juizes e tribunais, no exercício da jurisdição. Pelo contrário, configura *ato complexo* e instigado *de fora*, ato que se produz no âmbito de um processo dialético, do qual participam múltiplos personagens, embora, no conjunto, ganhe relevo a figura do julgador porque a ele compete a palavra final, a sentença que põe termo ao *conflito de interpretações* em que consiste a realização judicial do direito.<sup>74</sup>

Com efeito, não podendo agir de ofício, antes dependendo da provocação de terceiros — e esta é uma das *virtudes passivas* do processo jurisdicional, exaltadas por Cappelletti<sup>75</sup> —, mas, quando acionado, tendo de decidir sempre, nos limites da lide e de modo a convencer do acerto das suas decisões não apenas a si mesmo, mas também as partes e a comunidade, que o investiu no poder de julgar<sup>76</sup>, por tudo isso se pode dizer que o juiz é um servidor da Justiça, que, embora pareça livre para *dizer o direito*, a rigor movimenta-se num espaço de decisão delimitado por normas cogentes, que vão desde os dispositivos constitucionais, que estruturam o Poder Judiciário e o *devido processo legal*, até os preceitos legais e regimentais, que ordenam processos e procedimentos, o que, tudo somado, faz do *discurso jurídico* — do qual o discurso judicial é apenas uma das suas modalidades —, um caso especial do discurso prático geral.<sup>77</sup> Por essa razão há o reconhecimento de que os juizes não se arrogam faculdades de que não dispõem, antes simplesmente exercem as suas funções de acordo com as normas do sistema em que atuam; e tampouco decidem contra as suas próprias convic-

Editorial Astrea, 1998. p. 136.

72 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 226-267, onde o autor comenta tais decisões do STF, sob os seguintes títulos; *a aplicação irrefletida da modulação dos efeitos temporais*; *a construção pretoriana da perda de mandato por desfiliação partidária*; *a restrição à nomeação de parentes para cargos de confiança*; e *a implementação de direitos sociais veiculados por normas de eficácia limitada*. LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 163-198.

73 LARENZ Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2009. p. 606-610.

74 RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto-Portugal: RÉ-S-Editora, 1989. p. 206.

75 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 73-81.

76 COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 333 e 661-662, nota 17; e MACHADO NETO, A. L. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. p. 40-41.

77 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 34 e *passim*; REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 244: “Em todo o seu processo mental, de cuja eficiência depende o valor real da sua jurisdição, o juiz não é, com efeito, *nem absolutamente necessitado*, — pois em tal caso não teria problema algum a resolver, e por conseguinte, nenhum ato de inteligência lhe caberia desenvolver, — *nem absolutamente livre*, visto como em tal hipótese não se lhe apresentaria, de igual modo, nenhum problema, não podendo ele, em virtude do mesmo pressuposto, encontrar qualquer obstáculo.” (Transcrição feita, por Miguel Reale, da obra *La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione*, de Guido Calogero. Pádua, 1937, p. 99).

ções, pois se o fizessem a sua conduta seria de todo injustificável.<sup>78</sup> Em suma, conquanto pareça livre para dizer o direito, em verdade, o juiz prolata a sua decisão como a única possível diante dos aspectos fáticos e axiológicos que permeiam a causa sob sua apreciação.

De outro lado, se tivermos presente que a relação processual não se instaura de ofício nem se desenvolve livremente, antes se desenrola no âmbito de um modelo discursivo regrado — cujas normas enlaçam e integram, compulsoriamente, todos os sujeitos, condutas, fases e atos processuais —, se atentarmos para isso, o que se rotula, negativamente, de criação *judicial* do direito, em verdade, não merece censura, pois não implica nenhum extravasamento de poder, nem constitui obra exclusiva de juízes e tribunais, sendo, isso sim, a *grand finale* de uma peça dramática de extração social, que é escrita pelo legislador, mas cuja montagem e encenação o sistema jurídico confia a outros personagens — atores e figurantes —, aos quais, indistintamente, nós chamamos de agentes da realização judicial do direito.<sup>79</sup>

Se, ademais, concordarmos com Habermas quando ele diz que *todas* as argumentações — quer elas tenham por objeto questões de direito ou de moral, hipóteses científicas ou obras de arte —, exigem *a mesma* forma de organização básica de uma *busca cooperativa* da verdade, então se tornará evidente que também o discurso judicial deva desenvolver-se sob essa forma e com idêntico propósito, ainda que a motivação real das partes litigantes seja a obtenção de *decisões fundamentadas* ou *deliberações pertinentes*, que lhes sejam vantagens<sup>80</sup>, o que, de outro lado, vale como advertência para que os seus advogados, mesmo raciocinando sobre os fatos e normas *antes* dos juízes e tribunais, nem por isso desenvolvam argumentos carentes de sustentação.<sup>81</sup>

Em suma, na medida em que devem veicular as suas pretensões em conformidade com as *regras do jogo*, mesmo pugnando entre si e agindo sob a lógica da *conclusão desejada*, são os participantes do debate judicial que, de fato, *viabilizam* esse jogo e *concorrem* para o seu desfecho jurídico, que outro não é senão o ato decisório pelo qual — em nome de toda a sociedade —, o julgador não apenas *soluciona* como também *termina* os conflitos, impedindo que eles prossigam ou se renovem.<sup>82</sup> Por isso, temos afirmado, com insistência quase obsessiva, que as decisões judiciais, sejam elas monocráticas ou emanadas de órgãos colegiados, a rigor não traduzem a vontade daqueles que as proferem — e sequer do Poder Judiciário, em qualquer das suas instâncias —, antes são expressão do *Poder Social*, nos termos em que está conformado pelas regras e princípios do ordenamento jurídico. Não por acaso a nossa Constituição proclama — em atitude de humilde reconhecimento — que *todo o poder emana do povo*, não dos seus representantes e tampouco do texto constitucional, sendo de importância secundária a referência ao modo como o povo o exercerá, seja diretamente ou por meio dos delegados que eleger.

## 7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, sobretudo do reconhecimento de que “o juiz, esse *ente inanimado*, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional”, acreditamos poder afirmar que o chamado *ativismo judicial* — pelo menos na forma e pelos argumentos emocionais, que usualmente se utilizam para combatê-lo —, não passa de uma *expressão nova* com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a imemorial *criação judicial do*

78 SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 72-73.

79 Nessa denominação genérica estão compreendidos os juizes, advogados, membros do Ministério Público e auxiliares da Justiça, porque, no exercício das respectivas atribuições, todos colaboram para que se ultime a prestação jurisdicional.

80 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988. v. 1. p. 60; ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 211.

81 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 156.

82 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 163; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 289.



*direito*.<sup>83</sup> Nada mais do que isso.

## REFERÊNCIAS

- BELAÏD, Sadok. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: L.G.D.J., 1974.
- BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *A interpretação como parte integrante do processo legislativo*. In: Revista do Serviço Público, Ano V, dezembro de 1942, Vol. IV-N.3, p. 121/127.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARRIÓ, Genaro R. *Los jueces crean derecho*. In: *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 4ª edição, 1994.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Editora Podivm, 2011.
- LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris: Marcel Giard, 1921.
- LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945.
- ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- PINTO, Roger. *La Cour suprême et le New Deal: jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des États-Unis (1935-1936) et réforme du pouvoir judiciaire (1936-1937)*. Paris: Recueil Sirey, 1938.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva: 2010.
- RESTREPO, Gabriel Mora. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

83 Sobre a criação judicial do direito, adaptando a lei às transformações sociais na Roma antiga, ver VON IHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*. Madrid: Casa Editorial Bailly Baillere, 1892. v. 2. p. 74-75, VON IHERING, Rudolf. *El espíritu del derecho romano*. Madrid: Casa Editorial Bailly Baillere, 1892. v. 3. p. 147-178, especialmente estas duas passagens, *verbis*: “Com a interpretação propriamente dita das disposições da lei, a jurisprudência soube satisfazer as necessidades crescentes da vida e manter a lei à altura dos progressos do tempo”; “[...] a jurisprudência antiga, apesar do caráter rigoroso da interpretação literal, recusava apegar-se de modo absoluto ao texto da lei. Sob essa relação, quase se poderia dizer que ela tinha mais liberdade do que a jurisprudência atual [...]”; “a jurisprudência antiga, com efeito, não se limitava a explicar o conteúdo da lei, antes a interpretava conforme resolvia fazê-lo e, submetendo-se aparentemente à lei, em verdade colocava-se fora dela.”

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A razão sem voto: o Supremo  
Tribunal Federal e o governo da  
maioria**

**“Reason without vote”:  
The Federal Supreme Court  
of Brazil and the rule of the  
majority**

Luís Roberto Barroso

# A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria\*

## “Reason without vote”: the Federal Supreme Court of Brazil and the rule of the majority

Luís Roberto Barroso\*\*

### RESUMO

Este artigo versa sobre a dualidade de perspectivas entre o papel representativo das cortes supremas, sua função iluminista e as situações em que elas podem, legitimamente, *empurrar a história* e o papel representativo do Poder Legislativo na consagração de direitos e conquistas. Para construir o argumento, são analisados os processos históricos que levaram à ascensão do Poder Judiciário no mundo e no Brasil, o fenômeno da indeterminação do direito e da discricionariedade judicial, bem como a extrapolação da função puramente contramajoritária das cortes constitucionais. A conclusão é bastante simples e facilmente demonstrável, apesar de contrariar, em alguma medida, o conhecimento convencional: em alguns cenários, em razão das múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos. A premissa subjacente a esse raciocínio tampouco é difícil de enunciar: a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões — formal e substantiva — soma-se, ainda, dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Democracia contemporânea. Votos, direitos e razões.

### ABSTRACT

Paper discusses the duality of perspectives between the representative role of supreme courts, their enlightenment function and the situations in which they can legitimately push the story and the representative role of the Legislature in the consecration of rights and achievements. To construct the argument, the historical processes that led to the rise of the Judiciary in the world and in Brazil, the phenomenon of indeterminacy of law and judicial discretion, as well as the extrapolation of purely countermajority function of constitutional courts are analyzed. The conclusion is quite simple and easily demonstrable, although counteract to some extent the conventional wisdom: in some scenarios, due to multiple circumstances that paralyze the majoritarian political process, it is up to the Supreme Court to ensure majoritarianism.

\* Artigo convidado

\*\* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Mestre pela Yale Law School. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Pesquisador Visitante na Harvard Law School. Ministro do Supremo Tribunal Federal. E-mail: gabmlrb@stf.jus.br

riety rule and the equal dignity of all citizens. The reasoning behind this premise is either difficult to articulate: the political majority, led by elected representatives, are a vital component to democracy. Beyond this purely formal aspect, she has a substantive dimension, which encompasses the preservation of fundamental rights and values. To these two dimensions - formal and substantive - also adds to a deliberative dimension, made of public debate, argument and persuasion. The contemporary democracy therefore requires votes, rights and reasons.

**Keywords:** Brazilian Supreme Court. Contemporary democracy. Votes, rights and reasons.

## 1. INTRODUÇÃO

“A história é um carro alegre, cheio de um povo contente. Que atropela indiferente. Todo aquele que a negue”. Chico Buarque

Dois professores debatiam acerca do papel do Poder Judiciário e das cortes supremas nas democracias, em uma das mais renomadas universidades do mundo. Ambos eram progressistas e tinham compromissos com o avanço social. O primeiro achava que só o Legislativo poderia consagrar direitos e conquistas. O segundo achava que o Legislativo deveria ter preferência em atuar. Mas, se não agisse, a atribuição seria transferida para o Judiciário. Eis o diálogo entre ambos:

– Professor 1: “A longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluídos o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais poderem expressar livremente o seu amor. É só uma questão de esperar a hora certa”.

– Professor 2: “E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações?”<sup>1</sup>.

O texto que se segue lida, precisamente, com essa dualidade de perspectivas. Nele se explora o tema do papel representativo das cortes supremas, sua função iluminista e as situações em que elas podem, legitimamente, *empurrar a história*. Para construir o argumento, são analisados os processos históricos que levaram à ascensão do Poder Judiciário no mundo e no Brasil, o fenômeno da indeterminação do direito e da discricionariedade judicial, bem como a extrapolação da função puramente contramajoritária das cortes constitucionais. A conclusão é bastante simples e facilmente demonstrável, apesar de contrariar em alguma medida o conhecimento convencional: em alguns cenários, em razão das múltiplas circunstâncias que paralisam o processo político majoritário, cabe ao Supremo Tribunal Federal assegurar o governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos.

A premissa subjacente a esse raciocínio tampouco é difícil de enunciar: a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões — formal e substantiva — somam-se, ainda, dimensão deliberativa, feita de debate público,

1 O debate foi na Universidade de Harvard entre o Professor Mark Tushnet e o autor desse texto, realizado em 7 nov. 2011. Intitulado *Politics and the Judiciary*, encontra-se disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=giC\\_vOBn-bc](https://www.youtube.com/watch?v=giC_vOBn-bc)>. Sobre o tema, v., de autoria de TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. De autoria de Luís Roberto Barroso, v. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Foun, 2012.

argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões. Esse é o tema do presente ensaio.

## 2. A EVOLUÇÃO DA TEORIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL E A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

### 2.1. O direito constitucional na ditadura: entre a teoria crítica e o constitucionalismo chapa branca

O regime militar se estendeu de 1º de abril de 1964, com o início do golpe que destituiria o Presidente João Goulart do poder, até 15 de março de 1985, quando o General João Baptista Figueiredo saiu pela porta dos fundos do Palácio do Planalto, recusando-se a passar a faixa presidencial a seu sucessor. Foram pouco mais de vinte anos de regime de exceção, com fases de maior ou menor repressão política, que incluíram censura, prisões ilegais, tortura e mortes. Vigoraram no período as Constituições de 1946 e de 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada nova Constituição do ponto de vista material. Simultaneamente à ordem constitucional, já por si autoritária, foram editados diversos atos institucionais, que criavam a legalidade paralela dos governos militares, cujo símbolo maior foi o Ato Institucional nº 5, de 15.12.1968. Com base nele, era facultado ao Presidente, ao lado de outras arbitrariedades, decretar o recesso do Congresso Nacional, cassar mandatos parlamentares, suspender direitos políticos e aposentar compulsoriamente servidores públicos<sup>2</sup>.

Ao longo desse período, a teoria e o direito constitucional oscilaram entre dois extremos, ambos destituídos de normatividade. De um lado, o pensamento constitucional tradicional, capturado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva historicista, puramente descritiva das instituições vigentes, incapaz de reagir ao poder autoritário e ao silêncio forçado das ruas<sup>3</sup>. De outro lado, parte da academia e da juventude havia migrado para a teoria crítica do direito, um misto de ciência política e sociologismo jurídico, de forte influência marxista<sup>4</sup>. A teoria crítica enfatizava o caráter ideológico da ordem jurídica, vista como uma superestrutura voltada para a dominação de classe, e denunciava a natureza violenta e ilegítima do poder militar no Brasil. O discurso crítico, como intuitivo, fundava-se em um propósito de *desconstrução* do sistema vigente, e não considerava o direito espaço capaz de promover o avanço social. Disso resultou que o mundo jurídico tornou-se um feudo do pensamento conservador ou, no mínimo, tradicional. Porém, a visão crítica foi decisiva para o surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*. A redemocratização e a reconstitucionalização do país, no final da década de 80, impulsionaram uma volta ao direito.

### 2.2. A construção de um direito constitucional democrático: a busca pela efetividade da Constituição e de suas normas

Na antevéspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país: a falta de seriedade em relação à lei fundamental,

2 Para um rico e documentado relato do período militar, indo da deposição de João Goulart ao final do governo de Ernesto Geisel, v. os quatro volumes escritos por Elio Gaspari: GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002. v. 1. GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002. v. 2. GASPARI, Elio. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Cia das Letras, 2003. v. 3. GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Cia das Letras, 2004. v. 4. Sobre o processo de redemocratização, v. a obra coletiva STEPAN, Alfred (Org.). *Democratizando o Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, com textos de autores que viriam a ter papel relevante após a redemocratização, como Fernando Henrique Cardoso, Edmar Bacha, Pedro Malan e Francisco Weffort.

3 FRANCO, Afonso Arinos de Melo, *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1968; JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

4 WARAT, Luiz Alberto. A produção crítica do saber jurídico. In: Carlos Alberto Plastino (Org.). *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984; COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1991; AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1989. MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979.

a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser previsto na norma. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que “a lei será igual para todos”, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco elenco de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam “colônias de férias e clínicas de repouso”<sup>5</sup>. Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se mistificação, instrumento de dominação ideológica<sup>6</sup>, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce<sup>7</sup>.

A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não aquiescência ao sentido mais profundo e consequente da lei maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado. Com a promulgação da Constituição de 1988, teve início a luta teórica e judicial pela conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Judiciário assumisse o seu papel e desse concretização efetiva aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição. Pode parecer óbvio hoje, mas o Judiciário, mesmo o Supremo Tribunal Federal, relutava em aceitar esse papel<sup>8</sup>. No início dos anos 2000, essa disfunção foi sendo progressivamente superada e o STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição. A partir daí, houve demanda por maior sofisticação teórica na interpretação constitucional, superadora da visão tradicional de que se tratava apenas de mais um caso de interpretação jurídica, a ser feita com base nos elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Foi o início da superação do positivismo normativista e de sua crença de que a decisão judicial é um ato de escolha política.

### 2.3. Neoconstitucionalismo, constitucionalização do direito e a ascensão do Judiciário

“A mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao seu tamanho original”. Albert Einstein

Ao final da Segunda Guerra Mundial, países da Europa continental passaram por um importante redesenho institucional, com repercussões de curto, médio e longo prazo sobre o mundo romano-germânico em geral. O direito constitucional saiu do conflito inteiramente reconfigurado, tanto quanto ao seu objeto (novas constituições foram promulgadas), quanto no tocante ao seu papel (centralidade da Constituição em lugar da lei), como, ainda, com relação aos meios e modos de interpretar e aplicar as suas normas (surgimento da nova hermenêutica constitucional). Ao lado dessas transformações dogmáticas, ocorreu igualmente notável mudança institucional, representada pela criação de tribunais constitucionais e uma progressiva ascensão do Poder Judiciário. No lugar do Estado legislativo de direito, que se consolidara no século XIX,

5 Sobre o tema, v. o trabalho pioneiro de MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficiência das normas constitucionais sobre justiça social*. São Paulo: Editora RT, jan.-jun. 1981. (Tese apresentada à IX Conferência Nacional da OAB).

6 GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Editora RT, 1985. P. 44.

7 Sobre o tema da falta de efetividade, BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

8 De fato, no início da vigência da Constituição de 1988, o STF — cujos integrantes deviam o seu título de investidura ao regime militar —, empenhou-se em uma interpretação retrospectiva da nova ordem constitucional, fazendo-a ficar tão parecida quanto possível com a anterior. Nessa linha, tornou a figura da medida provisória quase idêntica ao velho decreto-lei; frustrou as potencialidades do mandado de injunção, que só foi ressuscitado na segunda metade dos anos 2000; e criou um conjunto de restrições ao direito de propositura de ações diretas pelas entidades de classe de âmbito nacional e confederações sindicais. Sobre o tema, v. a densa tese de doutorado apresentada à Universidade de Yale por WERNECK, Diego. *Old courts, new beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*. 2014. (mimeografada p. 110-128).

surge o Estado constitucional de direito, com todas as suas implicações<sup>9</sup>. Esse novo modelo tem sido identificado como constitucionalismo do pós-guerra, novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo<sup>10</sup>.

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco *filosófico*, o pós-positivismo, que será objeto de comentário adiante; (ii) como marco *histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco *teórico*, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. O termo neoconstitucionalismo, portanto, tem um caráter *descritivo* de uma nova realidade. Mas conserva, também, uma dimensão *normativa*, isto é, há um endosso a essas transformações. Trata-se, assim, não apenas de uma forma de descrever o direito atual, mas também de desejá-lo. Um direito que deixa a sua zona de conforto tradicional, que é o da conservação de conquistas políticas relevantes, e passa a ter, também, função promocional, constituindo-se em instrumento de avanço social. Tão intenso foi o ímpeto das transformações, que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções<sup>11</sup>.

A constitucionalização do Direito, por sua vez, está associada a efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si — com sua ordem, unidade e harmonia —, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos com base em uma ótica constitucional<sup>12</sup>.

Por fim, simultaneamente a esses novos desenvolvimentos teóricos, verificou-se, também, vertiginosa ascensão do Poder Judiciário. O fenômeno é universal e também está conectado ao final da Segunda Grande Guerra. A partir daí, o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político. Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, conseqüentemente, juizes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país. Esse fato é potencializado

9 Sobre o tema, FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

10 Para duas coletâneas importantes sobre o tema, em língua espanhola, CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid: Trotta, 2007. Para uma valiosa coletânea de textos em português, QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. As ideias desenvolvidas nos dois parágrafos seguintes foram sistematizadas, originariamente, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, n. 1, 2005.

11 Para uma tentativa de demarcação dos espaços entre o Poder Legislativo e a deliberação democrática, de um lado, e o Poder Judiciário e a atuação criativa do juiz, de outro, v. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, T. III. p. 308-21. Sobre a contenção da “euforia dos princípios” e do voluntarismo judicial, BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Para uma advertência sobre os riscos de “judiciocracia”, “oba-oba constitucional” e “panconstitucionalização”, SARMENTO, Daniel (Org.). O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 132 e s. Para uma visão divergente em relação ao tema, GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito?* São Paulo: Saraiva, 2014.

12 Sobre o tema, v. importante coletânea coligida por SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

pela existência, entre nós, de Constituição abrangente, que cuida de ampla variedade de temas. No fluxo desses desenvolvimentos teóricos e alterações institucionais, e em parte como consequência deles, houve importante incremento na subjetividade judicial. A este tema se dedica o próximo capítulo.

### 3. INDETERMINAÇÃO DO DIREITO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

#### 3.1. As transformações do direito contemporâneo

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nesse arranjo institucional se condensam duas ideias que percorreram trajetórias diferentes: o *constitucionalismo*, herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressa a ideia de poder limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais. A *democracia* traduz a ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolida, verdadeiramente, ao longo do século XX. Para arbitrar as tensões que muitas vezes existem entre ambos — entre direitos fundamentais e soberania popular —, a maior parte das democracias contemporâneas instituem tribunais constitucionais ou cortes supremas<sup>13</sup>. Portanto, o pano de fundo no qual se desenvolve a presente narrativa inclui: (i) uma Constituição que garanta direitos fundamentais, (ii) um regime democrático e (iii) a existência de uma jurisdição constitucional.

O século XX foi cenário da superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico, que haviam se consolidado no final do século XIX. Essas transformações chegaram ao Brasil no quarto final do século, sobretudo após a redemocratização. Novos ventos passaram a soprar por aqui, tanto na academia quanto na jurisprudência dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Identifico, a seguir, três dessas transformações, que afetaram o modo como se pensa e se pratica o Direito no mundo contemporâneo, em geral, e no Brasil das últimas décadas, em particular:

1. *Superação do formalismo jurídico*. O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções: a) a de que o Direito, a norma jurídica, era a expressão da razão, de justiça imanente; e b) que o Direito se concretizava mediante operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha. Tais premissas metodológicas — na verdade, ideológicas — não resistiram ao tempo. Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em dado momento e lugar; e b) em grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete.

2. *Advento de uma cultura jurídica pós-positivista*. Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral — em busca da justiça e de outros valores —, da filosofia política — em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia.

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática<sup>14</sup>, na teoria da justiça e na legiti-

13 Este tema da tensão entre constitucionalismo e democracia é recorrente na teoria constitucional. Para uma valiosa reflexão sobre ele, MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

14 O termo ficou indissociavelmente ligado à obra de Kant, notadamente à *Fundamentação da metafísica dos costumes*, de 1785 e à *Crítica da razão prática*, de 1788. De forma sumária e simplificadora, a razão prática cuida da fundamentação racional — mas não matemática — de princípios de moralidade e justiça, opondo-se à razão cientificista, que enxerga nesse discurso a mera formulação



mação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.<sup>15</sup>

3. *Ascensão do direito público e centralidade da Constituição.* Por fim, o século XX assiste a ascensão do direito público. A teoria jurídica do século XIX havia sido construída predominantemente sobre as categorias do direito privado. O Século, que começara com o Código Civil francês, o Código Napoleão, de 1804, termina com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900. Os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário. Ao longo do século XX, assiste-se a progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Não apenas em matéria de direito família, como era tradicional, mas em áreas tipicamente privadas como o contrato — com a proteção do polo mais fraco das relações jurídicas, como o trabalhador, o locatário, o consumidor — e a propriedade, com a previsão de sua função social.

Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Interpreta-se a Constituição *diretamente* quando uma pretensão se baseia no texto constitucional (uma imunidade tributária, a preservação do direito de privacidade); e interpreta-se a Constituição *indiretamente* quando se aplica o direito ordinário, porque, antes de aplicá-lo, é preciso verificar sua compatibilidade com a Constituição e, ademais, o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição.

### 3.2. Sociedades complexas, diversidade e pluralismo: os limites da lei no mundo contemporâneo

A sociedade contemporânea tem a marca da complexidade. Fenômenos positivos e negativos se entrelaçam, produzindo globalização a um tempo do bem e do mal. De um lado, há a rede mundial de computadores, o aumento do comércio internacional e o maior acesso aos meios de transporte intercontinentais, potencializando as relações entre pessoas, empresas e países. De outro, mazelas como o tráfico de drogas e de armas, o terrorismo e a multiplicação de conflitos internos e regionais, consumindo vidas, sonhos e projetos de um mundo melhor. Uma era desencantada, em que a civilização do desperdício, do imediatismo e da superficialidade convive com outra, feita de bolsões de pobreza, fome e violência. Paradoxalmente, houve avanço da democracia e dos direitos humanos em muitas partes do globo, com redução da mortalidade

---

de opiniões pessoais insuscetíveis de controle. De forma um pouco mais analítica: trata-se de um uso da razão voltado para o estabelecimento de padrões racionais para a ação humana. A razão prática é concebida em contraste com a razão teórica. Um uso teórico da razão se caracteriza pelo conhecimento de objetos, não pela criação de normas. O positivismo só acreditava na possibilidade da razão teórica. Por isso, as teorias positivistas do direito entendiam ser papel da ciência do direito apenas descrever o direito tal qual posto pelo Estado, não justificar normas, operação que não seria passível de racionalização metodológica. É por isso que, por exemplo, para Kelsen, não caberia à ciência do direito dizer qual a melhor interpretação dentre as que são facultadas por determinado texto normativo. Tal atividade exibiria natureza eminentemente política, e sempre demandaria uma escolha não passível de justificação em termos racionais. O pós-positivismo, ao reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica, propõe justamente a possibilidade de se definir racionalmente a norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, que não se limitam à mera atividade de conhecer textos normativos.

15 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41. “De uns trinta anos para cá se assiste ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias”.

infantil e aumento significativo da expectativa de vida. Um mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificadores. Os próprios organismos internacionais multilaterais, surgidos após a Segunda Guerra Mundial, já não conseguem produzir consensos relevantes e impedir conflitos que proliferam pelas causas mais diversas, do expansionismo ao sectarismo religioso.

No plano doméstico, os países procuram administrar, da forma possível, a diversidade que caracteriza a sociedade contemporânea, marcada pela multiplicidade cultural, étnica e religiosa. O respeito e a valorização das diferenças encontra-se no topo da agenda dos Estados democráticos e pluralistas. Buscam-se arranjos institucionais e regimes jurídicos que permitam a convivência harmoniosa entre diferentes, fomentando a tolerância e regras que permitam que cada um viva, de maneira não excludente, as suas próprias convicções. Ainda assim, não são poucas as questões suscetíveis de gerar conflitos entre visões de mundo antagônicas. No plano internacional, elas vão de mutilações sexuais à imposição de religiões oficiais e conversões forçadas. No plano doméstico, em numerosos países, as controvérsias incluem o casamento de pessoas do mesmo sexo, a interrupção da gestação e o ensino religioso em escolas públicas. Quase tudo transmitido ao vivo, em tempo real. A vida transformada em *reality show*.

Sem surpresa, as relações institucionais, sociais e interpessoais enredam-se nos desvãos dessa sociedade complexa e plural, sem certezas plenas, verdades seguras ou consensos apaziguadores. E, num mundo em que tudo se judicializa mais cedo ou mais tarde, tribunais e cortes constitucionais defrontam-se com situações para as quais não há respostas fáceis ou eticamente simples. Alguns exemplos:

a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais?

b) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo?

c) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvar-lhe a vida, por ser tal procedimento contrário à sua convicção religiosa?

d) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma?

e) pode uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher?

Nenhuma dessas questões é teórica. Todas elas correspondem a casos concretos ocorridos no Brasil e no exterior, e levados aos tribunais. Nenhuma delas tinha uma resposta pré-pronta e segura que pudesse ser colhida na legislação. A razão é simples: nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas. Além do que, na moderna interpretação jurídica, a norma já não corresponde apenas ao enunciado abstrato do texto, mas é produto da interação entre texto e realidade. Por essa razão, há crescente promulgação de constituições compromissórias, com princípios que tutelam interesses contrapostos, bem como o recurso a normas de textura aberta, cujo sentido concreto somente poderá ser estabelecido em interação com os fatos subjacentes. Vale dizer: por decisão do constituinte ou do legislador, muitas questões têm a sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador. Como consequência inevitável, tornou-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito<sup>16</sup>.

16 Sobre o ponto, CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 48. “Se, nos chamados “casos difíceis”, o juiz é obrigado a fazer escolhas políticas — muitas vezes por delegação do próprio legislador —, essa criatividade é exercida nos limites da legitimidade legal-racional. O legislador pode rever a delegação ou fixar a opção política. Entretanto, até que isso aconteça, a determinação de uma linha política por parte do juiz — desde que em conformidade com os valores fundamentais positivados pelo ordenamento — não significa, necessariamente, um comportamento antidemocrático, contrário à divisão de poderes ou ofensivo ao Estado de Direito”.

As hipóteses referidas acima constituem *casos difíceis*, isto é, casos para os quais não existem respostas pré-prontas à disposição do intérprete. A solução, portanto, terá de ser construída lógica e argumentativamente pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma, dos precedentes e de aspectos externos ao ordenamento jurídico. Daí se fazer referência a essa atuação, por vezes, como sendo criação judicial do direito. Em rigor, porém, o que o juiz faz, de verdade, é colher no sistema jurídico o fundamento normativo que servirá de fio condutor do seu argumento. Toda decisão judicial precisa ser reconduzida a uma norma jurídica. Trata-se de um trabalho de construção de sentido, e não de invenção de um Direito novo. Casos difíceis podem resultar da vagueza da linguagem (dignidade humana, moralidade administrativa), de desacordos morais razoáveis (existência ou não de um direito à morte digna, sem prolongamentos artificiais) e colisões de normas constitucionais (livre iniciativa *versus* proteção do consumidor, liberdade de expressão *versus* direito de privacidade). Para lidar com uma sociedade complexa e plural, em cujo âmbito surgem casos difíceis, é que se criaram ou se refinaram diversas categorias jurídicas novas, como a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, o uso da técnica da ponderação e a reabilitação da argumentação jurídica.

Não é o caso de voltar a explorar o tema, já objeto de outros estudos<sup>17</sup>. Faz-se apenas breve menção às situações de colisão entre princípios constitucionais ou de direitos fundamentais. Para lidar com elas, boa parte dos tribunais constitucionais do mundo se utiliza da técnica da ponderação<sup>18</sup>, que envolve a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor realiza a vontade constitucional naquela situação. As diversas soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete. Como a solução não está pré-pronta na norma, a decisão judicial não se sustentará mais na fórmula tradicional da separação de Poderes, em que o juiz se limita a aplicar, ao litígio em exame, a solução que já se encontrava inscrita na norma, elaborada pelo constituinte ou pelo legislador. Como esse juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão passará para a argumentação jurídica, para sua capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu. Surge, nessa perspectiva, o conceito interessante de *auditório*<sup>19</sup>. A legitimidade da decisão vai depender da capacidade de o intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa. O tema apresenta grande fascínio, mas não será possível fazer o desvio aqui.

### 3.3. Discricionariedade judicial e resposta correta

“Cria nos que procuram a verdade. Duvide dos que a encontram”. Andre Gide

Em relação a inúmeras questões, como ficou assentado, a solução dos problemas não se encontra pré-pronta no sistema jurídico. Ela precisará ser construída argumentativamente pelo juiz, a quem caberá formular juízos de valor e optar por uma das soluções comportadas pelo ordenamento. Não é incomum referir-se a essa maior participação subjetiva do juiz como *discricionariedade judicial*<sup>20</sup>. Não haverá maior problema na utilização da expressão, desde que seu sentido seja previamente convencionado. Discricionariedade judicial é um conceito que se desenvolve em um novo ambiente de interpretação jurídica, no qual se deu a superação da crença em um juiz que realizaria apenas subsunções mecânicas dos fatos às normas, lenda cultivada

17 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 330.

18 Para um estudo relativamente recente e abrangente sobre a ponderação e, particularmente sobre a ideia de proporcionalidade, BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. New York: Cambridge University Press, 2012. Para uma visão crítica do tema, em uma visão comparativa entre Alemanha e Brasil, BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the limits of constitutional adjudication*. Heidelberg; New York: Springer, 2010.

19 PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996. p. 22. “É por essa razão que, em matéria de retórica, parece preferível definir o auditório como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procuram persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos”.

20 Um dos primeiros estudos abrangentes e sistemáticos nessa matéria foi do ex-Presidente da Suprema Corte de Israel. BARAK, Aharon. *Judicial discretion*. New Haven: Yale University Press, 1989.

pelo pensamento jurídico clássico<sup>21</sup>. O juiz contemporâneo, sobretudo o juiz constitucional, não se ajusta a esse papel, para desalento de muitos. Mas de nada adianta quebrar o espelho por não gostar da imagem.

O fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria — que fique bem claro —, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

Discricionariedade, porém, é um conceito tradicional do direito administrativo, no qual está embutido o juízo de conveniência e oportunidade a ser feito pelo agente público<sup>22</sup>. Nessa acepção, discricionariedade significa liberdade de escolha entre diferentes possibilidades legítimas de atuação, uma opção entre “indiferentes jurídicos”<sup>23</sup>. Nesse sentido, inexistente discricionariedade judicial. O juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Essa constitui uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo. Para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas moldura, conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente discricionário<sup>24</sup>. A concepção não positivista, compreendida neste estudo, afasta-se desse ponto de vista. Com efeito, o Direito é informado por uma pretensão de *correção moral*<sup>25</sup>, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional.

Surge, portanto, questão interessante e complexa. Ronald Dworkin, no seu estilo ousado e provocativo, sustentou, em diferentes textos, a tese da existência de uma única resposta correta, mesmo nos casos difíceis, isto é, em questões complexas de direito e moralidade política<sup>26</sup>. Trata-se de uma construção que se situa no âmbito de sua crítica geral ao positivismo jurídico e ao uso que dois dos seus maiores expoentes — Kelsen e Hart — deram à discricionariedade judicial. A tese sempre foi extremamente controversa, tendo pro-

21 O conjunto de ideias que ficou conhecido como Pensamento Jurídico Clássico, como descrito por Duncan Kennedy em uma obra magnífica, teve diferentes protagonistas ao longo do tempo e produziu um “método transnacional”. De acordo com ele, o Pensamento Jurídico Clássico enxergava o direito como um sistema e tinha como características principais a distinção entre direito público e privado, individualismo e um compromisso com a lógica formal, com o abuso da dedução como método jurídico. KENNEDY, Duncan Kennedy. *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*. In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. (Ed.), *The New Law and Development: a critical Appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 23 (“O pensamento jurídico alemão foi, nesse sentido, hegemônico entre 1850 e 1900, o pensamento jurídico francês entre 1900 e meados da década de 1930, e o pensamento jurídico estadunidense após 1950”).

22 No conceito clássico formulado por MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1995, p. 143. Os atos discricionários são os que “a Administração pode praticar com liberdade de escolha do seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”. É certo que, mesmo no âmbito do direito administrativo, essa visão vem sendo significativamente atenuada. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38 e ss.

23 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283.

24 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Editora Coimbra, 1979, p. 466-73.

25 ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. Freiburg: München, 2005, p. 29. A remissão a esse texto é feita pelo próprio Alexy, em texto publicado em português, com tradução de Fernando Leal, que apresenta um excelente resumo da concepção jurídica do grande jusfilósofo alemão: ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. *Revista de Direito Administrativo*. n. 253, v. 9, p. 18-19, 2010.: “[...] [A] pretensão de correção envolve ambos os princípios [...]. O princípio da segurança jurídica exige a vinculação às leis formalmente corretas e socialmente eficazes; o da justiça reclama a correção moral das decisões”.

26 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 279; DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 119; DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 41.

duzido rico debate pelo mundo afora, com repercussões no Brasil<sup>27</sup>. Não tenho a pretensão de reeditá-lo, embora creia que a minha visão do tema ofereça uma solução na qual não há vencedores nem vencidos. A discussão em torno da existência de uma única resposta correta remete à imemorial questão acerca da *verdade*, sua existência em toda e qualquer situação e os métodos para revelá-la. Se existe uma única resposta correta — e não diferentes pretensões de resposta correta —, é porque existiria, então, uma verdade ao alcance do intérprete. Mas quem tem o poder de validar a verdade proclamada pelo intérprete? Se houver força externa ao intérprete, com o poder de cancelar a verdade proclamada, será inevitável reconhecer que ela é filha da autoridade. Portanto, a questão deixa de ser acerca da efetiva existência de uma verdade ou de uma única resposta correta, e passa a ser a de quem tem autoridade para proclamá-la. Cuida-se de saber, em última análise, quem é o dono da verdade<sup>28</sup>.

Dois exemplos, um literário e outro real, exibem as dificuldades na matéria. O primeiro: dois amigos estão sentados em um bar no Alaska, tomando uma cerveja. Começam, como previsível, conversando sobre mulheres. Depois falam de esportes diversos. E, na medida em que a cerveja acumulava, passam a falar sobre religião. Um deles é ateu. O outro é um homem religioso. Passam a discutir sobre a existência de Deus. O ateu fala: “Não é que eu nunca tenha tentado acreditar, não. Eu tentei. Ainda recentemente. Eu havia me perdido em uma tempestade de neve em um lugar ermo, comecei a congelar, percebi que ia morrer ali. Aí, me ajoelhei no chão e disse, bem alto: Deus, se você existe, me tire dessa situação, salve a minha vida”. Diante de tal depoimento, o religioso disse: “Bom, mas você foi salvo, você está aqui, deveria ter passado a acreditar”. E o ateu responde: “Nada disso! Deus não deu nem sinal. A sorte que eu tive é que vinha passando um casal de esquimós. Eles me resgataram, aqueceram-me e me mostraram o caminho de volta. É a eles que eu devo a minha vida”.<sup>29</sup> Note-se que não há, neste exemplo, qualquer dúvida quanto aos fatos, apenas sobre como interpretá-los.

O segundo exemplo envolve questão de largo alcance político e moral, relacionado à chamada justiça de transição. Há recorrente discussão acerca do tratamento a ser dado aos crimes que foram praticados por agentes do Estado durante o regime militar no Brasil, aí incluídos homicídios, tortura e sequestros. Como se sabe, a Lei de Anistia, de 1979, tornou impossível a responsabilização de todos quantos houvessem cometido crimes políticos ou conexos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada por 7 votos a 2, considerou válida essa lei, em julgamento realizado em 28 de abril de 2010<sup>30</sup>. Posteriormente, em dezembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar um caso envolvendo desaparecidos na guerrilha do Araguaia, considerou que a lei brasileira de anistia era incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, por impedir a apuração de graves violações de direitos humanos, a responsabilização dos culpados e a reparação às vítimas<sup>31</sup>. No debate público, há duas posições contrapostas em relação a essa matéria, que podem ser assim enunciadas:

a. a lei de anistia foi uma decisão política legítima, tomada pelos lados contrapostos para conduzirem uma transição pacífica para a democracia<sup>32</sup>;

27 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 327. PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, n. 45, v. 102, 2009.

28 Merece registro, a esse propósito, o antológico poema de Carlos Drummond de Andrade intitulado *Verdade*: “A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil. E os meios perfis não coincidiam. Arrebataram a porta. Derrubaram a porta. Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos. Era dividida em metades diferentes uma da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. Nenhuma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia”.

29 Exemplo inspirado por passagem do livro de WALLACE, David Foster. *This is water*. New York: Little, Brown and Company, 2009, p. 17-24.

30 ADPF 153, rel. Min. Eros Grau.

31 CIDH, Gomes Lund e outros v. Brasil.

32 Esta foi, em linhas gerais, a linha do voto do relator, Min. Eros Grau.

b. a lei de anistia foi uma inaceitável imposição dos que detinham a força, para imunizarem-se dos crimes que haviam cometido<sup>33</sup>.

Nos dois exemplos, tanto no fictício como no real, pessoas esclarecidas e bem intencionadas podem tomar partido por um lado ou outro. Qual a resposta correta? Onde está a verdade? O fato inegável é que, mesmo quem se oponha ao relativismo moral e reconheça a existência de um núcleo essencial do bem, do correto e do justo, há de admitir que nem sempre a verdade se apresenta objetivamente clara, capaz de iluminar a todos indistintamente. Dependendo de onde se encontre o intérprete, do seu ponto de observação, será noite ou será dia, haverá sol ou haverá sombra. É preciso conjurar o risco do *stalinismo* jurídico, em que algum “farol dos povos” de ocasião venha a ser o portador da verdade revelada, com direito a promover o expurgo dos que pensam diferentemente.

Dito isso, porém, um intérprete judicial jamais poderá chegar ao final do exame de uma questão e afirmar que não há uma solução própria para ela. Vale dizer: não pode dizer que há empate, que tanto faz um resultado ou outro, ou que o caso pode ser decidido por cara e coroa. Assim, embora não se possa falar, em certos casos difíceis, em uma resposta objetivamente correta — única e universalmente aceita —, existe, por certo, uma resposta subjetivamente correta. Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida. E esse intérprete tem deveres de integridade<sup>34</sup> — ele não pode ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria — e tem deveres de coerência, no sentido de que não pode ignorar as suas próprias decisões anteriores, bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes. Um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas simpatias ou suas opções estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência.

## 4. O STF E SUA FUNÇÃO MAJORITÁRIA E REPRESENTATIVA

### 4.1. A jurisdição constitucional

As múltiplas competências do Supremo Tribunal Federal, enunciadas no art. 102 da Constituição, podem ser divididas em duas grandes categorias: ordinárias e constitucionais<sup>35</sup>. O Tribunal presta *jurisdição ordinária* nas diferentes hipóteses em que atua como qualquer outro órgão jurisdicional, aplicando o direito infraconstitucional a situações concretas, que vão do julgamento criminal de parlamentares à solução de conflitos de competência entre tribunais. De parte isso, o Tribunal tem, como função principal, o exercício da *jurisdição constitucional*, que se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, tanto em ações diretas como em

33 Para uma defesa da revisão do julgado, SOUZA NETO, Claudio Pereira de. “Não há obstáculo para rever o julgamento da lei da anistia”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-02/claudio-souza-nao-obstaculo-stf-rever-julgamento-lei-anistia>>. Último acesso: 05 abr. 2015.

34 A ideia de *direito como integridade* é um dos conceitos chave do pensamento de Ronald Dworkin, tendo sido desenvolvido no capítulo VII de sua obra *Law's empire*, 1986 (em português, *O império do Direito*, 1999, p. 271 e s). Em outra obra, intitulada *Freedom's law*, 1996, p. 10, Dworkin volta ao tema, ao afirmar que a *leitura moral da Constituição*, por ele preconizada, é limitada pela exigência de *integridade* constitucional, afirmando: “Os juízes não devem ler suas próprias convicções na Constituição. Não devem ler cláusulas morais abstratas como se expressassem algum juízo moral particular, não importa quão adequado esse juízo lhes pareça, a menos que o considerem consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional assentadas pelos juízes que os antecederam”.

35 Para um amplo levantamento estatístico e sistemático dos diferentes papéis do STF, FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo*, 2011. Para uma reflexão crítica acerca do acúmulo de competências da Corte. VILHENA, Oscar Vilhena, Supremocracia, *Revista de Direito do Estado*, n. 12, v. 55 2008. Para uma proposta concreta de requacionamento da atuação do STF, BARROSO, Luís Roberto. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, *Consultor Jurídico*, 26 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>>. Acesso em: 6 mar. 2015.

processos subjetivos. Ao prestar jurisdição constitucional nos diferentes cenários pertinentes, cabe à Corte: (i) aplicar diretamente a Constituição a situações nela contempladas, como faz, por exemplo, ao assegurar ao acusado em ação penal o direito à não autoincriminação; (ii) declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, como fez no tocante à resolução do TSE que redistribuía o número de cadeiras na Câmara do Deputados; ou (iii) sanar lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos Poderes, como fez ao regulamentar a greve no serviço público.

Do ponto de vista político-institucional, o desempenho da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal — bem como por supremas cortes ou tribunais constitucionais mundo afora — envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa. A atuação contramajoritária é um dos temas mais analisados na teoria constitucional, que há muitas décadas discute a legitimidade democrática da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional. Já a função representativa tem sido largamente ignorada pela doutrina e pelos formadores de opinião em geral. Nada obstante isso, em algumas partes do mundo, e destacadamente no Brasil, este segundo papel se tornou não apenas mais visível como, circunstancialmente, mais importante. O presente capítulo procura lançar luz sobre esse fenômeno, que tem passado curiosamente despercebido, apesar de ser, possivelmente, a mais importante transformação institucional da última década.

## 4.2. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, como as cortes constitucionais em geral, exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive os emanados do Poder Legislativo e da chefia do Poder Executivo. No desempenho de tal atribuição, pode invalidar atos do Congresso Nacional — composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro — e do Presidente da República, eleito com mais de meia centena de milhões de votos. Vale dizer: onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”<sup>36</sup>.

A despeito de resistências teóricas pontuais<sup>37</sup>, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política<sup>38</sup>, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos<sup>39</sup>. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias<sup>40</sup>. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.

Um desses valores fundamentais é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração<sup>41</sup>, isto é, a

36 A expressão se tornou clássica a partir da obra de BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16. (A primeira edição do livro é de 1962).

37 WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 1346, 2006; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

38 A equiparação entre direitos humanos e reserva mínima de justiça é feita por Robert Alexy em diversos de seus trabalhos. ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*, Revista Chilena de Derecho, vol. 32, núm. 3, set.-dez. 2005, p. 76.

39 Para esta visão processualista do papel da jurisdição constitucional. ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

40 A expressão foi utilizada por MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Longmans, 1874, p. 13. “A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida [...]”.

41 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 181. (A primeira edição é de 1977).

ser tratado com a mesma dignidade dos demais — o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta. A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política<sup>42</sup>. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas<sup>43</sup> é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios<sup>44</sup> — isto é, de valores constitucionais, e não de política — e de razão pública — isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate<sup>45</sup>. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.

Cumprir registrar que esse papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal tem sido exercido, como é próprio, com razoável parcimônia. De fato, nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador. Por isso mesmo, é relativamente baixo o número de dispositivos de leis federais efetivamente declarados inconstitucionais, sob a vigência da Constituição de 1988<sup>46</sup>. É certo que, em uma singularidade brasileira, existem alguns precedentes de dispositivos de emendas constitucionais cuja invalidade foi declarada pelo STF<sup>47</sup>. Mas, também aqui, nada de especial significação, em quantidade e qualidade. Anote-se, por relevante, que, em alguns casos emblemáticos de judicialização de decisões políticas — como a ADI contra o dispositivo que autorizava as pesquisas com células-tronco embrionárias, a ADPF contra a lei federal que previa ações afirmativas em favor de negros no acesso a universidades e a ação popular que questionava o decreto presidencial de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol por decreto do Presidente da República —, a posição do Tribunal,

42 Nas palavras de Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 84: “Os perdedores de cada processo decisório não se convertem em dominados, ostentando o direito fundamental de não serem desqualificados como membros igualmente dignos da comunidade política”.

43 A expressão consta do título do livro de GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

44 DWORKIN, Ronald. The forum of principle. *New York University Law Review*, New York, v. 56, n. 469, 1981.

45 RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005. (A primeira edição é de 1993).

46 Com base em levantamento elaborado pela Secretaria de Gestão Estratégica, do Supremo Tribunal Federal, foi possível identificar 93 dispositivos de lei federal declarados inconstitucionais, desde o início de vigência da Constituição de 1988 — um número pouco expressivo, ainda mais quando se considera que foram editadas, no mesmo período, nada menos que 5.379 leis ordinárias federais, somadas a outras 88 leis complementares. Na imensa maioria dos casos, teve-se o reconhecimento da invalidade de dispositivos pontuais, mantendo-se em vigor a parte mais substancial dos diplomas objeto de questionamento. Embora esse levantamento não leve em conta a abrangência e relevância dos dispositivos que tiveram a sua inconstitucionalidade declarada, confirma a percepção de que, ao menos do ponto de vista quantitativo, a imensa maioria da produção legislativa não é afetada pela atuação do STF.

47 Em ordem cronológica, é possível sistematizar da seguinte forma: (i) declaração de inconstitucionalidade da EC n° 3/93, que havia instituído o IPMF — Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras, sob o fundamento de não terem sido observadas determinadas limitações constitucionais ao poder de tributar, como a anterioridade e a imunidade recíproca dos entes federativos (STF, DJ 09.03.1994, ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches); (ii) interpretação conforme a EC 20/98, assentando que o teto instituído para o custeio estatal de benefícios do regime geral de previdência não seria aplicável à licença-gestante, de modo a evitar que o repasse de encargos aos empregadores prejudicasse a inserção das mulheres no mercado de trabalho formal (STF, ADI 1.946, DJ 16.05.2003, Rel. Min. Sydney Sanches); (iii) declaração de inconstitucionalidade de dispositivos pontuais da EC 41/2004, apenas na parte em que se instituiu variação entre União, Estados e Municípios no tocante ao cálculo da contribuição previdenciária devida pelos servidores inativos, sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo (STF, DJ 18.02.2005, ADI 3.128, Rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso); (iv) suspensão cautelar da parte central da EC 30/2000, que estabelecera um regime especial para o pagamento de precatórios vencidos, com parcelamento em dez anos, sob os argumentos de quebra da ordem de pagamentos e da isonomia, bem como de violação à autoridade das decisões judiciais (STF, DJe 19.05.2011, MC na ADI 2.356, Rel. p/ o acórdão Min. Ayres Britto); (v) declaração de inconstitucionalidade de parte substancial da EC n° 62/09, que pretendeu instituir um novo regime transitório para a regularização dos precatórios, novamente sob os argumentos centrais de quebra da ordem cronológica e da isonomia, bem como de violação ao princípio da moralidade administrativa (STF, DJe 19.12.2013, ADI 4.357 e ADI 4.425, Rel. Min. Luiz Fux).



em todos eles, foi de autocontenção e de preservação da decisão tomada pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República.

Até aqui se procurou justificar a legitimidade democrática do papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional, bem como demonstrar que não há superposição plena entre o conceito de democracia e o princípio majoritário. Antes de analisar o tema da função representativa do STF e concluir o presente ensaio, cabe enfrentar uma questão complexa e delicada em todo o mundo, materializada na seguinte indagação: até que ponto é possível afirmar, sem apegar-se a uma ficção ou a uma idealização desconectada dos fatos, que os atos legislativos correspondem, efetivamente, à vontade majoritária?

### 4.3. A crise da representação política

Há muitas décadas, em todo o mundo democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. Da Escandinávia à América Latina, um misto de ceticismo, indiferença e insatisfação assinala a relação da sociedade civil com a classe política. Nos países em que o voto não é obrigatório, os índices de abstinência revelam o desinteresse geral. Em países de voto obrigatório, como o Brasil, percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. E, não obstante isso, em qualquer Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade. Mas as insuficiências da democracia representativa, na quadra atual, são excessivamente óbvias para serem ignoradas.

A consequência inevitável é a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população. Como dito, o fenômeno é em certa medida universal. Nos Estados Unidos, cuja política interna tem visibilidade global, os desmandos do financiamento eleitoral, a indesejável infiltração da religião no espaço público e a radicalização de alguns discursos partidários deterioraram o debate público e afastaram o cidadão comum. Vicissitudes análogas acometem países da América Latina e da Europa, com populismos de esquerda, em uma, e de direita, em outra. No Brasil, por igual, vive-se situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados<sup>48</sup>. Em suma: a doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política<sup>49</sup>.

Essa crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos gerou, como primeira consequência, em diferentes partes do mundo, fortalecimento do Poder Executivo. Nos últimos anos, po-

48 Expressando esse desencanto, escreveu em artigo jornalístico o historiador VILLA, Marco Antonio. Os desiludidos da República, *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 16, 8 jul. 2014: “O processo eleitoral reforça este quadro de hostilidade à política. A mera realização de eleições — que é importante — não desperta grande interesse. Há um notório sentimento popular de cansaço, de enfado, de identificação do voto como um ato inútil, que nada muda. De que toda eleição é sempre igual, recheada de ataques pessoais e alianças absurdas. Da ausência de discussões programáticas. De promessas que são descumpridas nos primeiros dias de governo. De políticos sabidamente corruptos e que permanecem eternamente como candidatos — e muitos deles eleitos e reeleitos. Da transformação da eleição em comércio muito rendoso, onde não há política no sentido clássico. Além da insuportável propaganda televisiva, com os jingles, a falsa alegria dos eleitores e os candidatos dissertando sobre o que não sabem?”.

49 GRABER, Mark A. The countermajoritarian difficulty: from courts to constitutional order, *Annual Review of Law and Social Science*, n. 4, p.361-362, 2008. Em meu texto BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, n. 1, p. 41, 2005, escrevi: “Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação”.

rém, e com especial expressão no Brasil, tem-se verificado expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, o fato é que, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares. Um exemplo ilustra bem a afirmação: quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no STF, assistiu-se a um debate nacional. É imperativo procurar compreender melhor este fenômeno, explorar-lhe eventuais potencialidades positivas e remediar a distorção que ele representa. A teoria constitucional ainda não elaborou analiticamente o tema, a despeito da constatação inevitável: a democracia já não flui exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais.

#### 4.4. O papel representativo do Supremo Tribunal Federal<sup>50</sup>

“A grande arte em política não é ouvir os que falam, é ouvir os que se calam”. Etienne Lamy

Ao longo do texto, procurou-se ressaltar a substantivação do conceito de democracia, que não apenas não se identifica integralmente com o princípio majoritário, como ademais, tem procurado novos mecanismos de expressão. Um deles foi a transferência de poder político — aí incluído certo grau de criação judicial do direito — para órgãos como o Supremo Tribunal Federal. O presente tópico procura explorar esse fenômeno, tanto na sua dinâmica interna quanto nas suas causas e consequências. No arranjo institucional contemporâneo, em que se dá a confluência entre a democracia representativa e a democracia deliberativa, o exercício do poder e da autoridade é legitimado por votos e por argumentos. É fora de dúvida que o modelo tradicional de separação de Poderes, concebido no século XIX e que sobreviveu ao século XX, já não dá conta de justificar, em toda a extensão, a estrutura e funcionamento do constitucionalismo contemporâneo. Para utilizar um lugar comum, parodiando Antonio Gramsci, vivemos um momento em que o velho já morreu e novo ainda não nasceu<sup>51</sup>.

A doutrina da dificuldade contramajoritária, estudada anteriormente, assenta-se na premissa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre expressão da vontade majoritária. E que, ao revés, as decisões proferidas por uma corte suprema, cujos membros não são eleitos, jamais seriam. Qualquer estudo empírico desacreditaria as duas proposições. Por numerosas razões, o Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria<sup>52</sup>. Além do já mencionado *déficit* democrático resultante das falhas do sistema eleitoral e partidário, é possível apontar algumas outras. Em primeiro lugar, minorias parlamentares podem funcionar como *veto players*<sup>53</sup>, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar. Em outros casos, o autointeresse da Casa legislativa leva-a a decisões que frustram o sentimento popular. Além disso, parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais, eufemismo que identifica o atendimento a interesses de certos agentes influentes do ponto de vista

50 O presente tópico beneficia-se da minha longa interlocução com Eduardo Mendonça, que se materializou em dois trabalhos que escrevemos em parceria e, sobretudo, na sua notável tese de doutorado, da qual fui orientador, intitulada *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*, UERJ, mimeografado, 2014. Os trabalhos conjuntos foram publicados na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, como resenhas da atuação do STF nos anos de 2011 e 2012, intituladas, respectivamente, *Supremo foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente* e *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*.

51 GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*, 1926-1937. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/63460598/Gramsci-Antonio-Cuadernos-de-La-Carcel-Tomo-1-OCR>>. Acesso em: (Versão em espanhol): “A crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer. Nesse interregno, uma grande variedade de sintomas mórbidos aparecem”. V. tb., entrevista do sociólogo BAUMAN, Zigmunt. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/24025-%60%60o-velho-mundo-esta-morrendo-mas-o-novo-ainda-nao-nasceu%60%60-entrevista-com-zigmunt-bauman>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

52 Sobre o tema, LAIN, Corinna Barret. Upside-down judicial review. *The Georgetown Law Review*, n. 101, v. 113, 2012-2103. KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *The Georgetown Law Journal*, n. 85, v. 49, 1996-1997.

53 *Veto players* são atores individuais ou coletivos com capacidade de “parar o jogo” ou impedir o avanço de uma agenda. Sobre o tema, v. ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de Poderes e medidas provisórias*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 44.

político ou econômico, ainda quando em conflito com o interesse coletivo<sup>54</sup>.

Por outro lado, não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário. Inúmeras razões contribuem para isso. Início por uma que é menos explorada pela doutrina em geral, mas particularmente significativa no Brasil. Juizes são recrutados, na primeira instância, mediante concurso público. Isso significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar na magistratura. Essa ordem de coisas produziu, ao longo dos anos, drástico efeito democratizador do Judiciário. Por outro lado, o acesso a uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro elevado, que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. Esse fato produz inevitável aliança com alguns interesses particulares. Por essa razão, em algumas circunstâncias, juizes são capazes de representar melhor — ou com mais independência — a vontade da sociedade. Poder-se-ia contrapor que esse argumento não é válido para os integrantes do Supremo Tribunal Federal. Na prática, porém, a quase integralidade dos Ministros integrantes da Corte é composta por egressos de carreiras jurídicas cujo ingresso se faz por disputados concursos públicos<sup>55</sup>.

Diversas outras razões se acrescem a esta. Em primeiro lugar, juizes possuem a garantia da vitaliciedade. Como consequência, não estão sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral, nem tampouco, ao menos em princípio, a tentações populistas. Uma segunda razão é que os órgãos judiciais somente podem atuar por iniciativa das partes: ações judiciais não se instauram de ofício. Ademais, juizes e tribunais não podem julgar além do que foi pedido e têm o dever de ouvir todos os interessados. No caso do Supremo Tribunal Federal, além da atuação obrigatória do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União em diversas ações, existe a possibilidade de convocação de audiências públicas e da atuação de *amici curiae*. Por fim, mas não menos importante, decisões judiciais precisam ser motivadas. Isso significa que, para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os fundamentos e argumentos do seu raciocínio e convencimento.

Convém aprofundar um pouco mais esse último ponto. Em uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma *legitimação eleitoral* do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população. Aliás, por esse último critério, até mesmo o período Médici, no Brasil, passaria no teste. Não é uma boa tese. Além do momento da investidura, o poder se legitima, também, por suas ações e pelos fins visados<sup>56</sup>. Cabe retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma *legitimação discursiva*: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as *razões* das opções feitas, por isso tem-se afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos<sup>57</sup>. Um *insight* importante nesse domínio é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à corte constitucional como *representante argumentativo da sociedade*. Segundo ele, a única maneira de

54 Este tema tem sido objeto de estudo, nos Estados Unidos, por parte da chamada *public choice theory*, que procura desmistificar a associação entre lei e vontade da maioria. Para um resumo desses argumentos, BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos institucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 205.

55 Na composição de julho de 2014: Celso de Mello era integrante do Ministério Público de São Paulo. Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa vieram do Ministério Público Federal. Carmen Lúcia e Luís Roberto Barroso eram procuradores do Estado. Luiz Fux e Teori Zavascki provém, respectivamente, da magistratura estadual e federal. Rosa Weber, da magistratura do trabalho. Os outros três Ministros, embora não concursados para ingresso nas instituições que integravam, vieram de carreiras vitoriosas: Marco Aurélio Mello (Procuradoria do Trabalho e, depois, Ministro do TST), Ricardo Lewandowski (Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo ingressado na magistratura pelo quinto constitucional) e Dias Toffoli (Advogado-Geral da União).

56 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*: parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 228-231. Em que discorre sobre a legitimidade *originária, corrente e finalística* do poder político.

57 Para o aprofundamento dessa discussão acerca de legitimação eleitoral e discursiva, v. MENDONÇA, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas*: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária. Tese (Doutorado)-Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. (mimeografada, p. 64-86).

reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui legitimação discursiva, que é projeto de institucionalização da razão e da correção<sup>58</sup>.

Cabe fazer algumas observações adicionais. A primeira delas de caráter terminológico. Se se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é *contrarrepresentativa*<sup>59</sup>. De parte disso, cumpre fazer um contraponto à assertiva, feita parágrafos atrás, de que juízes eram menos suscetíveis a tentações populistas. Isso não significa que estejam imunes a essa disfunção. Notadamente em uma época de julgamentos televisados, cobertura da imprensa e reflexos na opinião pública, o impulso de agradar a plateia é um risco que não pode ser descartado. Mas penso que qualquer observador isento testemunhará que esta não é a regra. É pertinente advertir, ainda, para outro risco. Juízes são aprovados em concursos áduos e competitivos, que exigem longa preparação, constituindo quadros qualificados do serviço público. Tal fato pode trazer a pretensão de sobrepor certa racionalidade judicial às circunstâncias dos outros Poderes, cuja lógica de atuação, muitas vezes, é mais complexa e menos cartesiana. Por evidente, a arrogância judicial é tão ruim quanto qualquer outra, e há de ser evitada.

O fato de não estarem sujeitas a certas vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes não é, naturalmente, garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade. A verdade, no entanto, é que uma observação atenta da realidade revela que é isso mesmo o que acontece. Nos Estados Unidos, décadas de estudos empíricos demonstram o ponto<sup>60</sup>. Também no Brasil tem sido assim. A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 12<sup>61</sup>, e a posterior edição da Súmula Vinculante nº 13, que chancelaram a proibição do nepotismo nos três Poderes, representaram um claro alinhamento com as demandas da sociedade em matéria de moralidade administrativa. A tese vencida era a de que somente o legislador poderia impor esse tipo de restrição<sup>62</sup>. Também ao apreciar a legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ como órgão de controle do Judiciário e ao afirmar a competência concorrente do Conselho para instaurar processos disciplinares contra magistrados, o STF atendeu ao anseio social pela reforma do Judiciário, apesar da resistência de setores da própria magistratura<sup>63</sup>. No tocante à fidelidade partidária, a posição do STF foi ainda mais arrojada, ao determinar a perda do mandato por parlamentar que trocasse de partido<sup>64</sup>. Embora tenha sofrido crítica por excesso de ativismo, é fora de

58 ALEXY, Robert Alexy. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 572, p. 578 e ss., 2005.

59 Tal particularidade foi bem captada por MENDONÇA, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese (Doutorado)-Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. (mimeografada, p. 213).

60 LAIN, Corinna Barret. Upside-down judicial review. *The Georgetown Law Review*, v. 101, n. 113, p. 158, 2012-2103. DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker, *Journal of Public Law*, v. 6, n. 279, p. 285, 1957. Uma compilação de autores americanos acerca desse tema indica como fatores de alinhamento das Supremas Cortes com a maioria: i) a indicação política dos juízes, que, por isso, seriam sensíveis ao pensamento da maioria; ii) a sujeição dos juízes aos valores da comunidade e aos mesmos movimentos sociais; iii) a interação das Supremas Cortes com a opinião pública (inclusive através do backlash); iv) a preocupação com sua credibilidade e estabilidade institucional (em face das instâncias majoritárias); v) o desejo de reconhecimento ou a preocupação com a imagem de seus integrantes junto à opinião pública. Entretanto, o legislador também está sujeito à maioria desses fatores. Portanto, não são propriamente eles que fazem a diferença entre a efetiva representatividade do Legislativo e do Judiciário. Sobre o ponto, MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal: Constituição, emoção, estratégia e espetáculo*. Tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 399-411.

61 ADC nº 13, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

62 Em defesa do ponto de vista de que o CNJ não teria o poder de impor tal vedação, STRECK, Lenio; SARLET, Ingo Wolfgang; CLEVE, Clemerson Merlin; Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>>. Acesso em : 5 mar. 2015

63 ADI nº 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, e ADI nº 4.638, Rel. Min. Marco Aurélio. Merece registro, em relação ao segundo ponto, a atuação decidida da então Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Eliana Calmon, na defesa da competência concorrente – e não meramente supletiva – do CNJ.

64 MS nº 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia.

dúvida que a decisão atendeu a um anseio social que não obteve resposta do Congresso. Outro exemplo: no julgamento, ainda não concluído, no qual se discute a legitimidade ou não da participação de empresas privadas no financiamento eleitoral, o STF, claramente espelhando um sentimento majoritário, sinaliza com a diminuição do peso do dinheiro no processo eleitoral<sup>65</sup>. A Corte acaba realizando, em fatias, de modo incompleto e sem possibilidade de sistematização, a reforma política que a sociedade clama.

Para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Mas, às vezes, trata-se de papel imprescindível. Nos Estados Unidos, foi por impulso da Suprema Corte que se declarou a ilegitimidade da segregação racial nas escolas públicas, no julgamento de *Brown v. Board of Education*<sup>66</sup>. Na África do Sul, coube ao Tribunal Constitucional abolir a pena de morte<sup>67</sup>. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal deu a última palavra sobre a validade da criminalização da negação do holocausto<sup>68</sup>. A Suprema Corte de Israel reafirmou a absoluta proibição da tortura, mesmo na hipótese de interrogatório de suspeitos de terrorismo, em um ambiente social conflagrado, que se tornara leniente com tal prática<sup>69</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo<sup>70</sup>. Talvez esta não fosse posição majoritária na sociedade, mas a proteção de um direito fundamental à igualdade legitimava a atuação. Semelhantemente se passou com a permissão para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos<sup>71</sup>. São exemplos emblemáticos do papel iluminista da jurisdição constitucional. Nesses dois casos específicos, um fenômeno chamou a atenção. Em razão da natureza polêmica dos dois temas, uma quantidade expressiva de juristas se posicionou contrariamente às decisões — “não por serem contrários ao mérito, absolutamente não...” —, mas por entenderem se tratar de matéria da competência do legislador, e não do STF. Como havia direitos fundamentais em jogo, esta não parece ser a melhor posição. Ela contrapõe o princípio formal da democracia — as maiorias políticas é que têm legitimidade para decidir — aos princípios materiais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, favorecendo o primeiro em ambos os casos<sup>72</sup>. Coloca-se o procedimento acima do resultado, o que não parece um bom critério.

Às vezes, ocorre na sociedade uma reação a certos avanços propostos pela suprema corte. Nos Estados Unidos, esse fenômeno recebe o nome de *backlash*. Um caso paradigmático de reação do Legislativo se deu contra o julgamento de *Furman versus Georgia*<sup>73</sup>, em 1972, no qual a Suprema Corte considerou inconstitucional a pena de morte, tal como aplicada em 39 Estados da Federação<sup>74</sup>. O fundamento principal era o descriterio nas decisões dos júris e o impacto desproporcional sobre as minorias. Em 1976, no entanto, a

65 ADI nº 4.650, Rel. Min. Luiz Fux.

66 347 U.S. 483 (1954).

67 *S v. Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3. Disponível em <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2353.PDF>.

68 90 *BVerfGE* 241 (1994). V. Winfried Brugger, Ban on Or Protection of Hate Speech? Some Observations Based on German and American Law, *Tulane European & Civil Law Forum*, n. 17, 2002, p.1.

69 PUBLIC Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel & The General Security Service. HCJ 5100/94 (1999). Disponível em <[http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/000/051/a09/94051000.a09.pdf)>. Acesso em: 5 mar. 2015.

70 ADPF nº 132 e ADI nº 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

71 ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

72 Sobre princípios formais e materiais, e critérios para a ponderação entre ambos, ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Na p. 20, escreveu Alexy: “Admitir uma competência do legislador democraticamente legitimado de interferir em um direito fundamental simplesmente porque ele é democraticamente legitimado destruiria a prioridade da constituição sobre a legislação parlamentar ordinária”.

73 408 U.S. 238 (1972).

74 Para um estudo da questão, LAIN, Corinna Barret. Upside-down judicial review. *Social Science Research Network*: SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1984060> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984060>>. Acesso em: 5 mar. 2015. p. 12.

maioria dos Estados haviam aprovado novas leis sobre pena de morte, contornando o julgado da Suprema Corte. Em *Gregg versus Georgia*<sup>75</sup>, a Suprema Corte manteve a validade da nova versão da legislação penal daquele Estado. Também em *Roe versus Wade*<sup>76</sup>, a célebre decisão que descriminalizou o aborto, as reações foram imensas, até hoje dividindo opiniões de maneira radical<sup>77</sup>. No Brasil, houve alguns poucos casos de reação normativa a decisões do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, em relação ao foro por prerrogativa de função<sup>78</sup>, às taxas municipais de iluminação pública<sup>79</sup>, à progressividade das alíquotas do IPTU<sup>80</sup>, à cobrança de contribuição previdenciária de inativos<sup>81</sup> e à definição do número de vereadores<sup>82</sup>.

Em favor da tese que se vem sustentando ao longo do presente trabalho, acerca do importante papel democrático da jurisdição constitucional, é possível apresentar coleção significativa de decisões do Supremo Tribunal Federal que contribuíram para o avanço social no Brasil. Todas elas têm natureza constitucional, mas produzem impacto em um ramo específico do Direito, como enunciado abaixo:

*Direito civil*: proibição da prisão por dívida no caso de depositário infiel, incorporando ao direito interno o Pacto de San Jose da Costa Rica.

*Direito penal*: declaração da inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, em caso de crimes hediondos e equiparáveis.

*Direito administrativo*: vedação do nepotismo nos três Poderes.

*Direito à saúde*: determinação de fornecimento de gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS em pacientes sem recursos financeiros.

*Direito à educação*: direito à educação infantil, aí incluídos o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. Dever do Poder Público de dar efetividade a esse direito.

*Direitos políticos*: proibição de livre mudança de partido após a eleição, sob pena de perda do mandato, por

75 428 U.S. 153 (1976).

76 410 U.S. 113 (1973).

77 Sobre o tema, v. Robert Post e Reva Siegel, *Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash*, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=990968>.

78 No caso, a Lei nº 10.628/02 introduziu um §1º ao art. 84, do Código de Processo Penal, estabelecendo que o foro por prerrogativa de função seria mantido mesmo após o fim da função pública, em relação aos atos praticados no exercício da função. Essa disposição significava, na prática, o restabelecimento do entendimento constante da Súmula 394, do Supremo Tribunal Federal, que havia sido cancelada pela Corte em tempo recente (Inq 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches). No entanto, em um caso singular de reação jurisdicional à reação legislativa, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei, afirmando que não caberia ao Congresso rever a interpretação do texto constitucional dada pela jurisdição. V. STF, ADI 2.797, DJ 19.12.2006, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

79 O julgamento do RE 233.332/RJ, sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, em 1999, assentou o entendimento de que “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”, dada a sua indivisibilidade. O Congresso Nacional, porém, poucos anos depois, editou a EC nº 39/02, acrescentando a contribuição de iluminação pública ao rol das espécies tributárias previstas na Constituição e, na prática, restabelecendo a cobrança desejada pelos Municípios.

80 Em diversos precedentes, o STF declarou a natureza real do IPTU e, com base nisso, a invalidade de leis municipais que pretendiam fixar alíquotas progressivas, estabelecidas segundo dados da capacidade contributiva dos contribuintes. O entendimento da Corte foi superado pela EC nº 29/2000, que admitiu, expressamente, a progressividade.

81 Ao julgar a ADI 2010/DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello, o STF declarou inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos. Na sequência, Congresso promulgou a EC nº 41/03, que admitiu expressamente a possibilidade de incidência, a ser imposta por lei do ente responsável por cada sistema próprio. O debate foi devolvido ao Tribunal, que resolveu manter a opção política do constituinte derivado, notadamente a partir do argumento de que inexistia direito adquirido a não ser tributado (STF, DJ 18.02.2005, ADI 3.128, Rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso).

82 No RE 197.917/SP, julgado sob a relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei do Município de Mira Estrela/SP, que aumentara o número de vereadores de nove para onze. Segundo o entendimento firmado, não seria suficiente que os Municípios respeitassem as três amplas faixas então indicadas art. 29, IV, da Constituição – tendo em vista tais patamares, o número de vereadores deveria ser rigorosamente proporcional à população de cada Município, a ponto de o STF haver elaborado uma tabela taxativa, a partir de uma operação de regra de três. Em reação parcial à decisão do Tribunal, o Congresso promulgou a EC 58/09, que introduziu 25 novas faixas populacionais, com margens limitadas de decisão autônoma. Assim, embora não se tenha restaurado a discricionariedade ampla antes existente, o constituinte derivado atenuou a proporcionalidade rigorosa que o STF pretendia impor.

violação ao princípio democrático.

*Direitos dos trabalhadores públicos:* regulamentação, por via de mandado de injunção, do direito de greve dos servidores e trabalhadores do serviço público

*Direito dos deficientes físicos:* direito de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual a pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes.

*Proteção das minorias:*

*judeus:* a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, aí incluído o antissemitismo.

*negros:* validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios.

*homossexuais:* equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito ao casamento civil.

*comunidades indígenas:* demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua.

*Liberdade de pesquisa científica:* declaração da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.

*Direito das mulheres:* direito à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico; constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

Três últimos comentários antes de encerrar. Primeiro: a jurisdição constitucional, como se procurou demonstrar acima, tem servido bem ao país. A preocupação com abusos por parte de juízes e tribunais não é infundada, e é preciso estar preparado para evitar que ocorram<sup>83</sup>. Porém, no mundo real, são muito limitadas as decisões do Supremo Tribunal Federal às quais se possa imputar a pecha de haverem ultrapassado a fronteira aceitável. E, nos poucos casos em que isso ocorreu, o próprio Tribunal cuidou de remediar<sup>84</sup>. Portanto, não se deve desprezar, por um temor imaginário, as potencialidades democráticas e civilizatórias de uma corte constitucional. A crítica à atuação do STF, desejável e legítima em uma sociedade plural e aberta, provem mais de atores insatisfeitos com alguns resultados e de um nicho acadêmico minoritário, que opera sobre premissas teóricas diversas das que vão aqui enunciadas. A propósito, cabe formular uma pergunta crucial, feita por Eduardo Mendonça em sua tese de doutorado já citada<sup>85</sup>: o argumento de que a jurisdição constitucional tem atuado em padrões antidemocráticos não deveria vir acompanhado de uma insatisfação popular com o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal? O que dizer, então, se ocorre exatamente o contrário: no Brasil e no mundo, os índices de aprovação que ostenta a corte constitucional costumam estar bem acima dos do Legislativo<sup>86</sup>. Por certo não se devem extrair desse fato conclusões precipitadas nem excessivamente abrangentes. Porém, uma crítica formulada com base em uma visão formal da democracia,

83 Em estudo denso e pioneiro, tendo como marco teórico a teoria dos sistemas, de LUHMANN, Niklas; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 63, advertiu: “O problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o Judiciário com a legalidade e a Política com a agregação de interesses e tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua e, conseqüentemente, incompreensível para as autorreferências do sistema. Essa corrupção de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a política a um exercício de formalismo judicial”.

84 No julgamento envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em embargos de declaração, foi restringido o alcance das denominadas “condicionantes” ali estabelecidas, para explicitar que não vinculavam, prospectivamente, novas demarcações. V. Pet. 3388 – ED, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

85 MENDONÇA, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. Tese (Doutorado)-Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2014. (Mimeografada. p. 19-20).

86 Segundo pesquisa do IBOPE, realizada em 2012, o índice de confiança dos brasileiros no STF é de 54 pontos (em uma escala de 0 a 100). O do Congresso é 39 pontos. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-24/populacao-confia-stf-congresso-nacional-ibope>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

mas sem povo, não deve impressionar.

O segundo comentário é intuitivo. Como já se teve oportunidade de afirmar diversas vezes, decisão política, como regra geral, deve ser tomada por quem tem voto. Portanto, o Poder Legislativo e o chefe do Poder Executivo têm uma preferência geral *prima facie* para tratar de todas as matérias de interesse do Estado e da sociedade. E, quando tenham atuado, os órgãos judiciais devem ser deferentes para com as escolhas legislativas ou administrativas feitas pelos agentes públicos legitimados pelo voto popular. A jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático. Porém, como o leitor terá intuído até aqui, a jurisdição constitucional desempenha papel de maior destaque quando o Poder Legislativo não tenha atuado. É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o STF assume papel de eventual protagonismo. Como consequência, no fundo no fundo, é o próprio Congresso que detém a decisão final, inclusive sobre o nível de judicialização da vida.

Merece registro incidental, antes de encerrar o presente trabalho, fenômeno conhecido na doutrina como *diálogo constitucional* ou *diálogo institucional*<sup>87</sup>. Embora a corte constitucional ou corte suprema seja o intérprete final da Constituição em cada caso, três situações dignas de nota podem subverter ou atenuar esta circunstância, a saber: a) a interpretação da Corte pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante emenda constitucional; b) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação ou c) a Corte pode conclamar o Legislativo a atuar, o chamado “apelo ao legislador”. Na experiência brasileira, existem diversos precedentes relativos à primeira hipótese, como no caso do teto remuneratório dos servidores públicos<sup>88</sup> e da base de cálculo para incidência de contribuição previdenciária<sup>89</sup>, além dos já referidos anteriormente nesse mesmo tópico.

Em relação à segunda hipótese, referente à fixação de prazo para o Congresso legislar, há precedentes em relação à criação de Municípios<sup>90</sup> ou à reformulação dos critérios adotados no Fundo de Participações dos Estados<sup>91</sup>, embora nem sempre se dê o adequado cumprimento dentro do período demarcado pela decisão. Por fim, relativamente à terceira hipótese, por muitos anos foi esse o sentido dado pela jurisprudência do STF ao mandado de injunção. Um caso muito significativo de diálogo institucional informal se deu em relação ao art. 7º, I da Constituição, que prevê a edição de lei complementar disciplinando a indenização compensatória contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. No julgamento de mandado de injunção, o plenário do STF deliberou que iria fixar, ele próprio, o critério indenizatório, tendo em vista a omissão de mais de duas décadas do Congresso em fazê-lo<sup>92</sup>. Diante de tal perspectiva, o Congresso aprovou em tempo recorde a Lei nº 12.506/2011, provendo a respeito.

Mais recentemente, dois casos de diálogo institucional tiveram lugar. Ao decidir ação penal contra um Senador da República, o STF, por maioria apertada de votos, interpretou o art. 55, VI e seu § 2 no sentido

87 A expressão tem origem na doutrina canadense, ao comentar disposições da Carta Canadense de Direitos que instituem um diálogo entre a Suprema Corte e o Parlamento a propósito de eventuais restrições impostas a direitos fundamentais. Na sua expressão mais radical – e incomum –, a Carta permite até mesmo que o Parlamento, presentes determinadas circunstâncias, reveja certas decisões judiciais. Sobre o tema, HOGG, Peter; BUSHELL, Allison A. *The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the chart isn't such a bad thing after all)*, *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 75, 1997. THUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 24-33. Na literatura brasileira, BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 273.

88 ADI 14, Rel. Min. Celio Borja, j. 13.09.89. No início da vigência da Constituição de 1988, o STF entendeu que o teto remuneratório do art. 37, XI não se aplicava às “vantagens pessoais”, frustrando, na prática, a contenção dos abusos nessa matéria. Foram necessárias duas emendas constitucionais para superar tal entendimento: a de nº 19, de 1998, e a de nº 41, de 2003.

89 RE 166.772, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16 dez. 1994.

90 ADI 2240, Rel. Min. Eros Grau.

91 ADI 3682, Rel. Min. Gilmar Mendes. Neste caso, o STF fixou o prazo de 18 meses para o Congresso Nacional sanar a omissão relativamente à edição da lei complementar exigida pelo art. 18, § 4º da CF, tida como indispensável para a criação de Municípios por lei estadual. V. tb. ADI

92 MI 943/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.



de caber à Casa legislativa decretar a perda do mandato de parlamentar que sofresse condenação criminal transitada em julgado<sup>93</sup>. Ministros que afirmaram a posição vencedora registraram sua crítica severa à fórmula imposta pela Constituição, instando o Congresso a revisitar o tema<sup>94</sup>. Pouco tempo após o julgamento, o Senado Federal aprovou Proposta de Emenda Constitucional superadora desse tratamento deficiente da matéria. Em final de 2014, a Proposta ainda se encontrava em tramitação na Câmara. Em outro caso, um Deputado Federal foi condenado a mais de 13 anos de prisão, em regime inicial fechado<sup>95</sup>. Submetida a questão da perda do seu mandato à Câmara dos Deputados, a maioria deliberou não cassá-lo. Em mandado de segurança impetrado contra esta decisão foi concedida liminar, sob o fundamento de que em caso de prisão em regime fechado, a perda do mandato deveria se dar por declaração da Mesa e não por deliberação política do Plenário<sup>96</sup>. Antes do julgamento do mérito do mandado de segurança, a Câmara dos Deputados suprimiu a previsão de voto secreto na matéria e deliberou pela cassação.

O que se deduz desse registro final é que o modelo vigente não pode ser caracterizado como de supremacia judicial. O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição. Justamente ao contrário, o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros Poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal. Por outro lado, qualquer pretensão de hegemonia sobre os outros Poderes sujeitaria o Supremo a uma mudança do seu desenho institucional ou na superação de seus precedentes por alteração no direito, competências que pertencem ao Congresso Nacional. Portanto, o poder do Supremo Tribunal Federal tem limites claros. Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho.

## 5. CONCLUSÃO

Circunstâncias diversas, como o final da guerra, a consolidação do ideal democrático e a centralidade dos direitos fundamentais, impulsionaram vertiginosa ascensão institucional do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional em todo o mundo. Como consequência, juízes e tribunais passaram a integrar a paisagem política, ao lado do Legislativo e do Executivo. A teoria constitucional dominante, nas últimas décadas, tem desenvolvido um discurso de justificação e legitimação democrática desse processo histórico. Paralelamente a esse rearranjo institucional, a complexidade da vida moderna, potencializada pela diversidade e pelo pluralismo, levou a uma crise da lei e ao aumento da indeterminação do direito, com a transferência de maior competência decisória a juízes e tribunais, que passaram a fazer valorações próprias diante de situações concretas da vida.

Nesse novo universo, cortes como o Supremo Tribunal Federal passaram a desempenhar, simultaneamente, o papel contramajoritário tradicional, função representativa, pela qual atendem a demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário. No desempenho de tal atribuição, o juiz constitucional não está autorizado a impor as suas próprias convicções. Pautado pelo material jurídico

93 AP 565, Rel. Min<sup>a</sup> Carmen Lúcia (caso Ivo Cassol).

94 Foi o meu caso. Em outra decisão, ao apreciar pedido cautelar no MS 32.326, do qual era relator, expus de forma analítica minha posição: “Este *imbróglio* relativamente à perda de mandato parlamentar, em caso de condenação criminal, deve funcionar como um chamamento ao Legislativo. O sistema constitucional na matéria é muito ruim. Aliás, o Congresso Nacional, atuando como poder constituinte reformador, já discute a aprovação de Proposta de Emenda Constitucional que torna a perda do mandato automática nas hipóteses de crimes contra a Administração e de crimes graves. Até que isso seja feito, é preciso resistir à tentação de produzir este resultado violando a Constituição. O precedente abriria a porta para um tipo de hegemonia judicial que, em breve espaço de tempo, poderia produzir um curto circuito nas instituições”.

95 AP 396, Rel. Min<sup>a</sup> Carmen Lúcia (caso Natan Donadon).

96 MS 32326, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história. Com a dose certa de prudência e de ousadia. O conjunto expressivo de decisões referidas no presente trabalho, proferidas sob a Constituição de 1988, exibem um Supremo Tribunal Federal comprometido com a promoção dos valores republicanos, o aprofundamento democrático e o avanço social. No desempenho de tal papel, a Corte tem percorrido o caminho do meio, sem timidez nem arrogância.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Pedro Vieira. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3:572, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. ed. Freiburg: München, 2005.
- \_\_\_\_\_. Justification and Application of Norms. *Ratio Juris*, Vol. 6 (2), 1993.
- \_\_\_\_\_. *La institucionalización de la justicia*, Revista Chilena de Derecho, vol. 32, núm. 3, set.-dez. 2005, p. 76.
- \_\_\_\_\_. Princípios formais. In: Trivisonno, Alexandre T. G; LOPES, Mônica Sette; SALIBA, Aziz Tuffi. *Anais do Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2014.
- ARGUELHES, Diego Werneck. *Old courts, new beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*, mimeografado, 2014
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre, S.A. Fabris, 1989
- BARAK, Aharon. *Judicial discretion*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo* 240:1, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9a ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forum, 2012
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 26 ago. 2014
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg; New York: Springer, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta-UNAM, 2007.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- \_\_\_\_\_. *The forum of principle*. New York University Law Review 56:469, 1981.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo*, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito?* São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GASPARI, Elio. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- \_\_\_\_\_. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- \_\_\_\_\_. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- \_\_\_\_\_. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Editora RT, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.<sup>a</sup> ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HOGG, Peter H.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 35 (1), 1997.
- JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1970
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*, 1788.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 1795.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Editora Coimbra, 1979.
- KENNEDY, Duncan. *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*. In: TRUBECK, David; SANTOS, Alvaro (orgs.), *The New Law and Development: A Critical Appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.

- KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. *The Georgetown Law Journal* 85:49, 1996-1997
- LAIN, Corinna Barret. Upside-down judicial review. *The Georgetown Law Review* 101:113, 2012-2103.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1995.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 57/58, Ano XIV, São Paulo : Ed. RT, jan./jun./1981.
- MENDONÇA, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contra-majoritária*. Tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014
- MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes, 1979
- MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Longmans, 1874
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder – parte I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ* 45:102, 2009
- PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.
- PLASTINO, Carlos Alberto. *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal. 1984
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131.
- QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RAWLS, John. *A theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.
- SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Não há obstáculo para rever o julgamento da lei da anistia”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-02/claudio-souza-nao-obstaculo-stf-rever-julgamento-lei-anistia>>. Último acesso: 05 abr. 2015.
- STEPHAN, Alfred (org.). *Democratizando o Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1985
- STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. “Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf>.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005
- TRIVISSONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. (Orgs.). *Robert Alexy - Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Weak Courts, Strong Rights*. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University, 2008.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, 12:55, 2008.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, Vol. 115 (6), 2006.
- WALLACE, David Foster. *This is water*. New York: Little, Brown and Company, 2009.
- WERNECK, Diego. *Old courts, new beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Yale. Mimeo., 2014.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O problema do ativismo judicial:  
uma análise do caso MS3326**

**Judicial Activism: a critical  
approach of the MS3326**

Lenio Luiz Streck

Clarissa Tassinari

Adriano Obach Lepper

# O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326\*

## Judicial Activism: a critical approach of the MS3326

Lenio Luiz Streck\*\*

Clarissa Tassinari\*\*\*

Adriano Obach Lepper\*\*\*\*

### RESUMO

O objetivo deste artigo é realizar uma crítica aos critérios que fundamentaram a decisão no MS3326. Para tanto, o texto estabelece a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, construída sob os aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito (de Lenio Streck). Como metodologia, foi empregada a fenomenologia hermenêutica, compreendida como uma revisão crítica dos temas centrais da tradição jurídica. Em conclusão, são demonstrados os motivos pelos quais a decisão nesse mandado de segurança pode ser considerada ativista, fazendo uma análise dos riscos democráticos de posturas judiciais como esta. Nesse sentido, o artigo é original, porque parte de uma hipótese teórica (a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política) e torna-a aplicável a um caso concreto. Além disso, o texto traz contribuições à academia jurídica, porque problematiza os limites da atuação do Judiciário na democracia.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Judicialização da política. Decisão judicial. Democracia. Papel do Judiciário.

### ABSTRACT

The distinction between judicial activism and judicialization of politics, which is built on the theoretical framework of Critical Hermeneutics of the Law (by Lenio Streck). The hermeneutic phenomenology was employed as methodology. This approach can be understood as a critical review of the central legal tradition themes. In conclusion, it will be explained why the decision in this case may be considered activist, establishing an analysis of risks presented for democracy due to legal activism. In this sense, this paper is original, because it starts on a theoretical hypothesis (the difference between judicial activism and judicialization of politics) and makes it applicable to a particular case. Furthermore, this paper brings contributions to legal studies, since it explains how democracy is jeopardized when the judiciary act beyond legal limits.

**Keywords:** Judicial activism. Judicialization of politics. Judicial decision. Democracy. Judiciary's role

\* Recebido em 30/10/2014  
Aprovado em 25/02/2015

\*\* Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Doutor e Pós-Doutor em Direito. Ex-Procurador de Justiça (MP/RS). Advogado parecerista. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Atua nas áreas de direito constitucional, hermenêutica jurídica e filosofia do direito. E-mail: lenio@unisinios.br

\*\*\* Doutoranda em direito público pelo PPG Direito da UNISINOS. E-mail: clauisinios@gmail.com

\*\*\*\* Graduando em Direito (UNISINOS). Graduando em Filosofia (UNISINOS). Membro do "Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos" e do grupo de pesquisa "Hermenêutica Jurídica" (CNPq), ambos liderados pelo prof. Lenio Luiz Streck. Pesquisador voluntário. E-mail: adrianolepper@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

Seguindo uma tendência mundial, o constitucionalismo brasileiro é caracterizado pelo importante papel que o Judiciário desempenha na definição de controvérsias sociais e políticas. Nesse contexto, a atuação dos juízes e dos tribunais passa a ser compreendida de dois modos: como judicialização da política e/ou ativismo judicial. Para entender esse fenômeno complexo que envolve a articulação entre os três Poderes, uma das importantes considerações a ser feita é estabelecer critérios que sejam capazes de distinguir essa dúplici faceta que se visualiza na mais intensa interferência do Judiciário na sociedade contemporânea.

Ao demonstrar os elementos de diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, será possível compreender que existem limites à atuação jurisdicional. Portanto, a discussão que propomos envolve assumir a premissa de que, no interior de uma cultura democrática, os atos judiciais estão sujeitos a uma espécie de prestação de contas para o fortalecimento da democracia. Além disso, essa análise que recai sobre o Judiciário também implica reconstruir a relação que existe entre Direito e Política.

Sob essa hipótese teórica, assim, serão analisadas as consequências de uma equivocada recepção do conceito norte-americano de ativismo judicial no Brasil, utilizando-se como exemplo paradigmático o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do MS 3326. Nesse caso, a decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso revela os problemas que envolvem a interpretação jurídica no contexto brasileiro: o (aparente) retorno à “letra da lei”; a busca inevitável pela vontade do intérprete; e o problema de decisões tomadas com pretensão fundamento na opinião pública. O empreendimento crítico deste artigo consiste em explicitar os impactos negativos que envolvem a violação da lei por meio de argumentos metajurídicos no interior de uma democracia constitucional.

## 2. O TRÂMITE DO CASO MS32326 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>1</sup>

A Ação Penal 470 consagrou a jurisprudência do STF de que, quando há condenação criminal transitada em julgado de mandatário de cargo eletivo, a cassação do mandato constitui consequência automática da pena, independentemente de manifestação da Casa Legislativa. Já com o “caso Cassol” (AP 565), houve reviravolta na jurisprudência do Supremo, da qual participou o ministro Luís Roberto Barroso: a perda do mandato passou a depender de decisão das Casas Legislativas, na forma como dispõe a Constituição brasileira (artigo 55, VI, §2º).

Sobre esse assunto, o ministro Barroso apresentou posicionamento claro à época, afirmando que a cassação dos mandatos parlamentares pelo Congresso aliviaria a tensão entre os Poderes, *in verbis*:

É preciso acabar com esse clima de desconfiança. Em parte, esta decisão passando de volta ao Congresso essa competência é uma forma de desanuviar um pouco esta tensão.<sup>2</sup>

Ainda, manifestou-se dizendo que, embora não acreditasse que esta fosse uma boa decisão, a Constituição afirma que:

Acho que a condenação criminal, pelo menos acima de um determinado grau de gravidade do delito, deveria ter essa consequência automática. Mas a Constituição diz o contrário. O dia que a Constituição for o que os intérpretes quiserem independentemente do texto, nós vamos cair numa situação muito perigosa<sup>3</sup>

1 STRECK, Lenio Luiz. O Supremo não é o guardião da moral da nação. *Consultor Jurídico*, São Paulo, set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

2 NOGUEIRA, Ítalo. *Decisão do STF reduz tensão com Congresso, diz ministro*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/08/1324523-decisao-do-stf-reduz-tensao-com-congresso-diz-ministro.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

3 NOGUEIRA, Ítalo. *Decisão do STF reduz tensão com Congresso, diz ministro*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/08/1324523-decisao-do-stf-reduz-tensao-com-congresso-diz-ministro.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2014.



O que corrobora a sua afirmação.

O ministro Barroso, então, acertou: não importa quão boa ou má seja esta decisão. Ela segue, digamos assim — e isso foi dito pelo próprio ministro — a “letra da Constituição”.<sup>4</sup> Ou seja, a relevância para um julgamento consiste em compreender se decisão está de acordo com a Constituição. Essas são as regras do jogo; caso contrário, teríamos uma República Juristocrática.

Recentemente, diante do “caso Donadon” (AP 396), a Câmara dos Deputados, cumprindo a prerrogativa que lhe foi concedida constitucionalmente e reconhecida pelo Supremo graças ao percuente voto do ministro Barroso, optou por não cassar o mandato do deputado. A opinião pública não gostou. Parte do Congresso também não aprovou. A imprensa, de direita e de esquerda, não gostou. Jornalistas e jornaleros não gostaram.

O porta-voz do repúdio a tanto desgosto foi o deputado Carlos Sampaio (PSDB-SP), que, contra tal decisão do Parlamento, impetrou o MS 32326, com pedido liminar para suspender os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados pela não cassação do deputado Donadon, distribuído para a relatoria do ministro Barroso.

A Constituição disciplina claramente sobre esse assunto (art. 15). O STF já havia se pronunciado sobre essa questão. Até o próprio ministro Barroso já havia se posicionado sobre esse tema, como referido no início. Mas o que fez o ministro Barroso? Para a surpresa da comunidade jurídica, na contramão do posicionamento apresentado anteriormente, concedeu liminar *inaudita altera pars*, suspendendo os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados que tomou a malfadada decisão, nos seguintes termos:

1. A Constituição prevê, como regra geral, que cabe a cada uma das Casas do Congresso Nacional, respectivamente, a decisão sobre a perda do mandato de Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal transitada em julgado.
2. Esta regra geral, no entanto, não se aplica em caso de condenação em regime inicial fechado, que deva perdurar por tempo superior ao prazo remanescente do mandato parlamentar. Em tal situação, a perda do mandato se dá automaticamente, por força da impossibilidade jurídica e fática de seu exercício.
3. Como consequência, quando se tratar de deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória.<sup>5</sup>

Nitidamente, há uma contradição na decisão do ministro. O Judiciário, especialmente a Corte Constitucional, que exerce um papel contramajoritário, não pode simplesmente mudar de ideia, nem mesmo se houver grande descontentamento da opinião pública. Isso porque, acima de tudo, o argumento que fundamenta uma decisão judicial deve ser jurídico — nem moral, nem político.

Esse posicionamento do Ministro Barroso, na teoria do direito brasileiro, pode ser visto de duas formas: como ativismo judicial ou judicialização da política. Devemos, então, estabelecer certos parâmetros para definir, afinal, o que significam esses conceitos e avaliar a legitimidade dessa decisão em um sistema político e jurídico

4 Sobre o tema da “aplicabilidade da ‘letra da lei’”, ver o seguinte texto STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela no Mandado de segurança. *MS 32326/DF*. Plenário. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 02 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138197/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32326-df-stf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

### 3. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CRITÉRIOS PRELIMINARES PARA UMA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO<sup>6</sup>

Friedrich Müller afirma:

Direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o ‘decisionismo’.<sup>7</sup>

O posicionamento de Müller toca justamente em um ponto que é central para se compreender a importância de distinguir a judicialização da política do ativismo judicial. O autor não apenas reforça a vinculação entre Direito (constitucional) e Política, como também revela que essa relação não está vinculada a um decisionismo. Ou seja, do mesmo modo que Müller não precisa compactuar com o decisionismo (ou com o ativismo judicial, é possível acrescentar) para afirmar o elo existente entre Direito e Política, ele também não necessita negar a existência de uma imbricação entre Direito e Política para evitar a postura decisionista (ativista) do Judiciário.

Não se pode esquecer que, da mesma forma que a relação Direito e Política possibilita uma leitura como a que foi acima exposta, também a Política, quando considerada um fator externo de incidência eventual no âmbito jurídico, dá azo a posicionamentos diametralmente opostos. Nesse sentido, se a Política deixa de ser a *mola propulsora* para a constituição do conteúdo jurídico-constitucional, passando a ser utilizada como uma espécie de *argumento corretivo* do Direito, o que usualmente ocorre pela via judicial, ela, então, acaba sendo considerada aquilo que definimos como “predador externo da autonomia do Direito”. Mais uma vez, vale a pena referir: é por causa desse último perfil que assume a articulação entre Direito e Política que ativismo judicial e judicialização da política tendem a ser confundidos.

Essa problemática é tratada por Luís Roberto Barroso (desta vez como autor e não como juiz). O autor afirma existir dualidade na relação Direito e Política. Haveria, assim, uma situação de *autonomia relativa*: o Direito apresenta a ambiguidade de, ao mesmo tempo, ser e não ser Política. Nesse sentido, o Direito *não é política*, porque não se pode submeter “a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder”.<sup>8</sup> Entretanto, o direito *é política*, na medida em que:

(i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua *subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula*.<sup>9</sup>

A partir disso, o primeiro ponto a ser mencionado é que o posicionamento de Barroso revela-se contraditório, sendo difícil encontrar nele maiores esclarecimentos sobre o papel da Política no Direito. Isso ocorre principalmente porque da forma como foi exposto, em *sendo* o Direito Política, mas também em *não o sendo*, pela leitura do autor, a Política ganha acentuada carga de subjetivismo. Essa questão termina por refletir diretamente no propósito de seu texto: embora o artigo de Barroso seja por ele elaborado com a finalidade de realizar a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, de fato, ele não possibilita tal distinção.

6 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

7 MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Org.). *Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 11.

8 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

9 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

Assim, identificando o ativismo judicial como “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance” ou como uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”, para Barroso, é possível apontar três “condutas” que lhe caracterizam, a seguir sintetizadas: aplicação direta da Constituição (mesmo diante da inexistência de disposição legislativa), declaração de inconstitucionalidade (com base em critérios menos rígidos) e imposição de condutas ao Poder Público. Nesses termos, o ativismo, para ele, nada mais é do que

uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.<sup>10</sup>

Não se pode discordar da leitura do fenômeno da judicialização da política como produto das transformações ocorridas no Direito com o advento de um novo texto constitucional. Em outras palavras, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário. É, portanto, por esse caminho que podem ser fixados os primeiros pontos, visando demonstrar as diferenças entre os dois temas em questão.

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade — característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.

Do outro lado, em meio à dificuldade de se definir o ativismo judicial, mas, em contrapartida, com a existência de diversos entendimentos sobre a temática, em uma tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: *a*) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; *b*) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); *c*) como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d*) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. Ressalte-se que, apesar de ser possível identificar essas tendências no contexto da doutrina brasileira, fica difícil de encontrar o que se poderia chamar de *posicionamentos puros*. Na verdade, o que se pretende referir é que, na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja o ativismo.

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio do sistema jurídico. Trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.

O ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, *criado pelo Direito*, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retrataram a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga. Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que

10 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.

Antoine Garapon, já em 1996, tratava do Poder Judiciário como “o guardador de promessas”<sup>11</sup>. Logo nas primeiras páginas de seu texto, Garapon afirma que, na atual conjuntura, “nada mais pode escapar ao controle do juiz”, constatação que se insere no âmbito de um cenário, que pode ser em resumo caracterizado: *a)* por uma descrença na lei e, como consequência, por um aumento na dimensão interpretativa do Direito; *b)* por um desmoronamento do conceito de democracia, no sentido de que “o homem democrático” desaparece; e *c)* pelo surgimento dos sistemas supranacionais, que, por um lado, fragilizaram a concepção de soberania estatal, mas, por outro, possibilitaram a insurgência de novas instâncias jurisdicionais, como as Cortes de Direitos Humanos.<sup>12</sup> A partir disso, então, há certa “promoção” da atividade jurisdicional, o que, para o autor, não se traduz em uma mudança dos titulares da soberania (que, originalmente, é atribuída ao poder político, isto é, Executivo e Legislativo), “mas antes uma evolução da referência da ação política, e não tanto uma rivalidade, mas sim uma *influência recíproca*”. Ainda, nesta linha de “influência recíproca”, o autor menciona que isso representa uma substituição da positividade por uma “justiciabilidade”, no sentido de que o Direito passa a se definir “pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro”, no caso, o Judiciário.<sup>13</sup>

Por sua vez, a questão do ativismo ganha contornos diferentes. Nesse sentido, Garapon afirma que a atuação jurisdicional é acentuada de tal forma que os juízes passam a ser considerados como “últimos ocupantes de uma função de autoridade — clerical e até paternal — abandonada por seus antigos titulares”. Assim, para o autor, à noção de ativismo judicial e de governo de juízes subjaz uma tentativa de redenção, pela qual o juiz torna-se, inclusive, árbitro dos bons costumes.<sup>14</sup>

É em continuidade a esse raciocínio que, no momento em que caracteriza o ativismo judicial, Garapon associa a decisão judicial a um *critério de desejo*, de *vontade* daquele que julga, afirmando:

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.

Ainda, menciona que, nesse contexto, o ativismo

revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*, se a magistratura não tiver grande tradição de independência.<sup>15</sup>

No contexto das reflexões norte-americanas, a intervenção das Cortes na revisão dos frutos do processo legislativo é resultado da compreensão da existência de um “governo das leis” (“*rule of law*”), à distinção de “governo dos homens”, este compreendido como *império* da soberania popular/da *vontade* popular (“*rule of people*”). Isto é, não bastaria a legalidade para que se substituísse o “governo dos homens” pelo das leis, mas seria necessária uma correspondência entre a legislação e a afirmação dos direitos civis e políticos. Com isso, houve uma “desvalorização da legislação parlamentar como fonte do direito”, fortalecendo o papel das Cortes de tal forma que a tradição norte-americana ficou *marcada* pelo “risco de uma passagem da supremacia das Constituições à supremacia das Cortes Constitucionais”, devido à existência de um controle de constitucionalidade fortalecido.<sup>16</sup>

11 GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

12 GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 20-25.

13 GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p.40-43.

14 GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 20-25.

15 GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 54.

16 CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 266.

É justamente em relação a esse ponto, de surgimento de uma supremacia jurisdicional, que, novamente, aparece a questão da vontade. Com a crescente intervenção do Judiciário na esfera política, preponderantemente a partir do que ficou conhecido na história do constitucionalismo estadunidense como Corte Warren<sup>17</sup>, a questão da vontade migra para o âmbito da decisão judicial: como afirma Christopher Wolfe, as decisões judiciais passam a estar fundamentadas em um critério de *vontade (will)*. Aliás, é exatamente isso que permite Wolfe afirmar que o poder exercido pelos juízes deixa de constituir a realização de um julgamento (ou uma interpretação), sendo, portanto, reduzido a uma questão de vontade.<sup>18</sup> Com isso, o autor afirma consolidar-se um cenário de intenso protagonismo judicial, voltado para uma ampla intervenção judiciária, no que ficou conhecida a expressão *judge-made law* (em uma tradução literal, direito feito pelos juízes).

A utilização dessa terminologia (*judge-made law*) para caracterizar a fase ativista da Suprema Corte norte-americana, nesse contexto, é um tanto quanto esclarecedora, especialmente aliada à questão da *vontade*. De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, senão o *construído pelo Judiciário*, isto é, criado pela *vontade* de quem julga (*a lei da vontade*). Essa postura rompe com a noção de *rule of law*, na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade, “seleccionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas”<sup>19</sup>.

A partir dessa visão, é possível perceber que, no Brasil, sob o manto do ativismo judicial, a doutrina produziu uma leitura bastante peculiar sobre a atividade jurisdicional, que se manifesta em oscilações de aproximação e afastamento, sem qualquer pudor, entre a cultura jurídica do Brasil e a dos Estados Unidos. Com isso, não apenas se formou um imaginário sobre como pode ser teoricamente compreendido o exercício da jurisdição, mas também se influenciou diretamente a atuação de juízes e tribunais na contemporaneidade. Não seria demasiado afirmar, assim, que o atual contexto é marcado por um ativismo judicial *à brasileira*.

Essa terminologia não pode ser compreendida dispensando-se as considerações apresentadas como encerramento do capítulo anterior. Assim, tomando-se como pressuposto os apontamentos que decorreram da aproximação entre as reflexões norte-americanas e o atual cenário constitucional brasileiro, a expressão *ativismo judicial à brasileira* evidencia duas importantes questões: primeiramente, a caracterização do ativismo judicial como experiência que não é própria (originária) do contexto brasileiro (neste sentido, *à brasileira* sinalizaria simplesmente para a conjugação de duas tradições). Por outro lado, pode também estar implícita uma crítica à utilização destes termos de modo despojado do contexto de seu surgimento, o que implica, a um tempo, a transposição equivocada de um conceito e, a outro, a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano — e é principalmente estes últimos dois sentidos que estão impressos neste trabalho.

Por tudo o que já foi esclarecido, o ativismo judicial figura como um problema, carregado de um pragmatismo<sup>20</sup> que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial *à brasileira*, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador.

17 Sobre a Corte Warren, refere-se que esta ficou conhecida por ser amplamente ativista e liberal. Como afirma Michael G. Trachtman: “Presidente Eisenhower, for instance, appointed Chief Justice Earl Warren, believing that he would be a conservative jurist. Warren turned out to be one of the most liberal and activist chief justice in history, prompting Eisenhower to call the appointment ‘the biggest damn-fool mistake I ever made’”. TRACHTMAN, Michael G. *The Supreme’s greatest hits: the 37 Supreme Court Cases that most directly affect your life*. New York: Sterling Publishing, 2009. p. 9.

18 “[...] Such power seems much more a matter of will – legislation, in the *Federalist’s* term – than judgement or adjudication or ‘interpretation’”. WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994. p. 4-5.

19 CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 284.

20 Segundo José Eisenberg, uma postura pragmatista é aquela que não confere “autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas práticos. Para o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do direito, mas, na maior parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é o proviso ‘exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário’”. EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 656-657.

#### 4. DE VOLTA AO CASO: O PROBLEMA DO ATIVISMO NO MS 32326<sup>21</sup>

Na decisão, vê-se o ministro invocar supostas “variáveis metajurídicas”. Mas o que significariam, efetivamente? Questões políticas? Questões pessoais? A opinião pública(da)? Seus valores, suas vontades? Seus interesses?

A democracia tem seus bônus e seus ônus. Em ambos existe elemento de princípio que jamais pode ser violado: o respeito às regras preestabelecidas (uma questão de princípio ou o sentimento de pertença que se vê na fala de Sócrates, no Críton). Há, no texto constitucional, a determinação de que a cassação de um parlamentar condenado criminalmente deve ser feita pela respectiva Casa, e não pelo Executivo ou pelo Judiciário. E a deliberação da Casa Legislativa para perda do mandato não caiu de paraquedas na Constituição. É instituto que possui uma razão histórica: está dentro do marco da separação de Poderes e constitui uma cláusula pétrea. E o Congresso não está obrigado a cassar o mandato.

Claro, em tempos de ativismo judicial desenfreado, instaura-se uma espécie de império da vontade. O ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático. A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia. O senso comum costuma pensar a Democracia como um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria. Não é visto tal qual é: uma relação, sempre instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, a continuidades ou rupturas. Nossa história mostra isso. A democracia precisa ser vista numa perspectiva histórica e de lutas políticas.

O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião.

O que há nos “argumentos metajurídicos” é, na verdade, uma tentativa de “moralização do Direito”. Aposta-se no protagonismo judicial, considerado como inevitável. Mas o fato de o intérprete atribuir o sentido não quer dizer que ele possa, sempre dar o sentido que lhe bem convier (como se houvesse uma separação integral entre texto e norma e como se estes tivessem existências autônomas) e deixar de lado o texto constitucional.

O Tribunal que julga por meio de “argumentos metajurídicos” (que não deixam de ser elementos pragmático-axiológicos) assume postura apartada da normatividade. Enfraquece-se o Direito, uma vez que o afasta da tradição e o instrumentaliza. Tanto o discricionarismo positivista quanto o pragmatismo (que é uma forma de positivismo), que se funda no declínio do direito, têm déficit democrático. Se o direito como transformador das relações sociais foi a grande conquista do século XX, decidir por meio de argumentos metajurídicos é um retrocesso. A Democracia é, antes de tudo, uma jornada, uma grande caminhada. Pede uma atenção e um cuidado constante. A democracia exige de nós estarmos em alerta.

Mas por que decidir somente com base em argumentos jurídicos? Porque a sociedade tem uma garantia: o respeito à Constituição. Ninguém está acima dela. Ela é o norte do regime democrático porque condiciona todos a um regramento único. Assim, sem o respeito a argumentos jurídicos na decisão judicial, o aplauso de hoje pode se tornar o seu grito de horror do amanhã.

21 Esta crítica está ancorada em toda a bibliografia produzida por Lenio Streck: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

O ministro Barroso fez alusão também à moral. É claro que o Direito possui elementos decorrentes de análises sociológicas, morais e políticas, por exemplo. Só que estas, depois que o direito está posto — nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) — não podem vir a corrigi-lo. Como ponto de vista partidário, o Direito tem o papel de limitar a política em prol dos direitos das minorias, definindo o limite das decisões contramajoritárias. O Direito é essencialmente político se o considerarmos como um empreendimento público. Daí política ou político, no sentido daquilo que é da *polis*, é sinônimo de público, de *res publica*. Assim, o direito também deve “segurar” (conter) a moral (e os moralismos). Isso, por exemplo, pode ser visto de forma mais acentuada nas cláusulas pétreas e no papel da jurisdição constitucional.

## 5. CONCLUSÃO

Do que se viu, tem-se que, primeiro, o STF ratificou a prerrogativa de o Congresso ter a última palavra na sobre a perda de mandatos de parlamentares condenados à pena de prisão. Segundo, quando, dias depois, a Câmara, acreditando que, pudesse, de fato, exercer essa faculdade, deixou de cassar um deputado condenado ao regime fechado, o mesmo STF decidiu que a Câmara estava equivocada. Ora, também achamos que a Câmara errou, mas o STF também não erra? A consequência disso deveria ser bem simples, além do desgaste político do Congresso: o deputado, preso, não comparece às sessões e é cassado.

Entretanto, para o ministro Barroso, o Congresso pode até não cassar, mas, quando a pena for daquelas que inviabilizam o mandato, a moral da nação exige que se construa um argumento para evitar isso. Logo, criou, a partir de argumentos metajurídicos, uma hipótese nova no ordenamento. Ou seja: o STF, em nome de argumentos morais, legislou. Como superego (*Über-Ich*) da nação (utilizamos a expressão de Ingeborg Maus), o ministro relator arvorou-se no direito de corrigir não somente a atitude do Congresso, mas, também, a própria Constituição. Reescreveu a Constituição, dizendo, em outras palavras, que toda a perda do mandato de um parlamentar condenado a prisão não é automática,<sup>22</sup> a não ser nas hipóteses em que ele descreve.

Como referimos, não se trata de uma simples discussão acadêmica. Tratou-se de uma decisão da mais alta Corte do país. É preciso encontrar elementos para superar o imaginário que acredita que ativismo judicial é bom para a democracia, porque posicionamentos ativistas geram contradições internas, o que fere a igualdade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela no Mandado de segurança. *MS 32326/DF*. Plenário. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 02 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25138197/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32326-df-stf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

22 A decisão da Câmara vale. Não pode ser revogada. Não há meios jurídicos para tal. É ônus político do Congresso. Se não nos agrada a decisão, na próxima eleição, devemos escolher melhor. O deputado, em regime fechado, perderá o mandato ao não poder comparecer às sessões. E poderá renunciar, se assim desejar.

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

NOGUEIRA, Ítalo. *Decisão do STF reduz tensão com Congresso, diz ministro*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/08/1324523-decisao-do-stf-reduz-tensao-com-congresso-diz-ministro.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

EISENBERG, José. Pragmatismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Org.). *Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O Supremo não é o guardião da moral da nação. *Consultor Jurídico*, São Paulo, set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRACHTMAN, Michael G. *The Supreme's greatest hits: the 37 Supreme Court Cases that most directly affect your life*. New York: Sterling Publishing, 2009.

WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Do ativismo judicial ao ativismo  
constitucional no Estado de  
direitos fundamentais**

**From judicial activism to  
constitutional activism under  
the State of fundamental rights**

Christine Oliveira Peter

# Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais\*

## From judicial activism to constitutional activism under the State of fundamental rights

Christine Oliveira Peter\*\*

### RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo apresentar o tema do ativismo judicial sob o paradigma do chamado Estado de direitos fundamentais. Ao invés de dedicar-se à reflexão sobre conceitos, classificações e críticas relacionadas ao ativismo judicial, a proposta do presente trabalho é deslocar o olhar do ativismo protagonizado somente por juízes para um ativismo protagonizado também por outros interlocutores do poder. Trata-se de pesquisa dogmática, de cunho analítico, que propõe três abordagens para o fenômeno estudado: uma ideológica, outra teórica e ainda uma última metodológica, as quais supõem que as interações, cooperativas ou conflituais, entre as funções de poder do Estado, sejam avaliadas e controladas reciprocamente umas pelas outras. Propõe-se como principal parâmetro para esta avaliação e controle a dogmática dos direitos fundamentais, com sua indissociável vinculação à proporcionalidade, ou seja, ao devido processo legal substantivo como decorrência de uma visão substantiva de Constituição. A classificação tripartite do ativismo constitucional apresentada neste estudo tem como intuito sair do lugar-comum que o tema tem sido tratado, tentando converter as práticas ativistas em razão, postura e atitude constitucionais, conceitos inéditos que poderão ser doravante experimentados por parte daqueles que, sendo interlocutores do poder estatal, quase estatal ou não estatal, apresentam-se como protagonistas das práticas de realização dinâmica das normas constitucionais jusfundamentais.

**Palavras-chave:** Direito constitucional. Estado de direitos fundamentais. Ativismo judicial. Ativismo constitucional. Neoconstitucionalismo.

### ABSTRACT

This article aims to present the topic of judicial activism under the paradigm of so-called 'state of fundamental rights'. Rather than devote itself to reflect on concepts, ratings and reviews related to judicial activism, the purpose of this paper is to shift the gaze of activism played only by judges, but also focus on activism starring other actors of power, what will be called constitutional activism. It is a dogmatic research, with analytical nature,

\* Artigo convidado.

\*\* Mestre em Direito e Estado (2001) pela Universidade de Brasília (UnB). Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Diretora acadêmica e coordenadora do curso de Pós-Graduação Lato Sensu de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Autora do livro "Hermenêutica de Direitos Fundamentais". E-mail: christine-peter@uol.com.br

which proposes three approaches to the phenomenon studied: one ideological, other theoretical and methodological still last, which assume that the interactions, cooperative or conflictual, between the functions of state power are evaluated and controlled for each function of power reciprocally. It is proposed, as the main parameter for this assessment and control, the fundamental rights' theory, with its inseparable link to proportionality, what means substantive due process as a result of a substantive vision of the Constitution. The triple classification of constitutional activism presented here has the intention to leave the commonplace that the issue has been handled, trying to convert activist practices in reason, posture and constitutional attitude, which are unpublished concepts that may hereafter be experienced by those who, being real interlocutors of state power, quasi-state or non-state, present themselves as protagonists of the practical realization of dynamic constitutional standards, especially of the fundamental rights.

**Keywords:** Constitutional law. State of fundamental rights. Judicial activism. Constitutional activism. Neo-constitutionalism.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como principal objetivo apresentar o tema do ativismo judicial pela perspectiva dos estudos desenvolvidos no âmbito do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC<sup>1</sup>, sob o paradigma do chamado Estado de direitos fundamentais. Ao invés de dedicarmo-nos à reflexão sobre conceitos, classificações, elogios ou críticas ao ativismo judicial, a proposta do presente trabalho é deslocar o olhar direcionado ao ativismo protagonizado somente por juízes para um ativismo protagonizado também por membros de outras funções de poder estatal (legisladores e administradores), quase estatais ou não estatais (entidades e organizações da sociedade civil nacional e internacional que atuam legitimamente no ambiente público).

As considerações apresentadas neste trabalho serão de ordem analítica, ou seja, pelo caminho dos conceitos e explicações teóricas acerca do ativismo constitucional, o que se viabiliza pela revisão bibliográfica e diálogos doutrinários qualificados com os juristas nacionais e estrangeiros envolvidos com a temática.

O marco teórico é aquele que já filtra o olhar dos membros do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC, há quase uma década, ou seja, o paradigma do 'Estado de direitos fundamentais' que aqui é apresentado como resultado de pesquisas anteriores<sup>2</sup>, mas também como premissa das reflexões aqui propostas sobre o ativismo. É verdade que a expressão 'Estado de direitos fundamentais' já está sendo usada por autores brasileiros e estrangeiros<sup>3</sup>, mas o seu significado ainda não se apresenta unívoco, de modo que também é objetivo do presente trabalho registrar mais uma vez minha visão sobre suas principais premissas.

Assim, considerando-se que a parte dogmática das constituições contemporâneas está firmemente alicerçada no catálogo de direitos fundamentais e que toda a teoria constitucional vem, paulatinamente, deslocando o seu paradigma da repartição de competências para o eixo da hermenêutica e concretização dos direitos

1 O Núcleo de Estudos Constitucionais é um grupo de estudos e pesquisa que congrega alunos e professores interessados nos debates sobre Direito, Constituição e práticas constitucionais. Fundado em 2001, tem seu funcionamento regular por meio de reuniões todos os sábados letivos, apresentando-se, há quase uma década e meia, como um espaço institucional vinculado ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB destinado à formação e reflexão crítica acerca da institucionalização dos procedimentos adequados e necessários para a formação do cidadão constitucional, cuja vocação é a investigação dos fundamentos da teoria e das práticas constitucionais inspiradas pela metódica da pedagogia constitucional de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

2 A mais evidente delas é a tese de doutorado: SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014.

3 Dentre os autores que já publicaram trabalhos em que constavam a referida expressão, destacam-se: Paulo Otero e Willis Santiago Guerra Filho. OTERO, Paulo. A crise do Estado de direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, Andre Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões. Disponível em:

<<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2014.

fundamentais<sup>4</sup>, não considero exagerado cogitar que estamos vivenciando um momento de virada paradigmática<sup>5</sup>, em que o próprio direito objetivo volta suas atenções para a dogmática dos direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Não se trata de uma ruptura, nem de uma negação radical das escolas de direito constitucional dos séculos XIX e XX, mas de uma recomposição dos pilares em que se fundam tais escolas, quais sejam, o princípio da legalidade (devido processo legal); a separação de poderes e a dogmática dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, que serão apresentados, neste estudo, a partir de aportes teóricos e metodológicos diversos da clássica doutrina constitucionalista.

Três tópicos centrais movimentam a reflexão proposta: em primeiro momento, vai-se apresentar o conceito de Estado de direitos fundamentais, para que a confusão semântica não atrapalhe o diálogo do leitor com as demais ideias do texto. Depois, serão postos os pressupostos teóricos do paradigma escolhido, com as devidas diferenciações do paradigma contraposto, isso para que o leitor não se distancie daquilo que aprendeu, conhece e domina. Por fim, estará oferecida a proposta de deslocamento do tema da versão clássica de ativismo judicial para a versão novidadeira (que não é propriamente nova) de ativismo constitucional.

A pretensão é jogar luzes sobre a teoria do ativismo judicial sob o prisma dinâmico da teoria do Estado constitucional — na expressão aqui preferida: ‘Estado de direitos fundamentais’ — que é aquele intransigentemente comprometido com a dogmática dos direitos fundamentais. Espero que o leitor possa sentir, em sintonia com o pensamento que aqui apresento, que há sempre outras formas de olhar os mesmos e conhecidos fenômenos.

## 2. DO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A construção do pano de fundo teórico e do ambiente dogmático-institucional em que se vai cuidar do tema do ativismo judicial revela-se imprescindível para o presente trabalho, considerando-se que a proposta é deslocar a discussão dos seus caminhos mais conhecidos — como, por exemplo, as opções de uma maior ou menor intervenção do Poder Judiciário nas questões políticas; ou a discussão sobre a legitimidade dos juízes para ditarem regras de conduta social para a comunidade em que se projetam as suas decisões; ou, ainda, se a democracia dos juízes tem mais qualidade do que a democracia dos legisladores, em termos materiais e formais.

Pretende-se avançar na reflexão acerca da necessidade, ou não, de serem revisitadas as próprias abordagens teóricas que comumente são feitas em torno do tema e quais as alternativas para isso. Isso porque, conforme anota Eduardo Mendonça em texto que tangencia a temática<sup>7</sup>, está-se numa encruzilhada entre o inevitável e o excessivo, pois o ativismo judicial é uma das consequências do próprio processo de constitucionalização das práticas jurídicas e políticas brasileiras dos últimos vinte anos.

4 Aqui me refiro ao fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo. Este tema será tratado com maior acuidade no tópico 4.2 que cuida do ativismo constitucional teórico.

5 A expressão tem vinculação com a ideia de paradigma apresentada por Thomas Kuhn em “Estrutura das revoluções científicas”, em que este autor propõe a compreensão de uma teoria a partir do contexto em que ela se aplica e da sua época. A grande contribuição desse autor para a epistemologia foi a percepção dinâmica do próprio conceito de ciência e, certamente, essa é a espinha dorsal da filosofia da ciência que inspira o presente trabalho: a ideia de dinâmica científica. KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. Canotilho também aponta para este caminho ao falar sobre “As deslocações compreensivas das teorias de direitos fundamentais”. Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1395 e seguintes.

6 Aqui a expressão ‘Direito’ do clássico “Estado de Direito” foi substituída por ‘Direitos Fundamentais’ com o propósito de defender que o ordenamento jurídico como um todo está vinculado, informado e dirigido pela dogmática constitucional dos direitos fundamentais.

7 O texto de Eduardo Mendonça é muito interessante para refletir sobre o assunto: MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito UERJ*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaoapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

Canotilho apresenta-se como um dos interlocutores mais importantes das ideias do presente estudo, principalmente, quando afirma que os conceitos de Estado e de Constituição são inseparáveis, observando que não é a Constituição que funda o Estado<sup>8</sup>, mas o Estado é que, conformado por seus dados espaço-temporais, contendo os pressupostos éticos, sociais e culturais de uma comunidade, acaba por conceber a Constituição como uma decisão atualizadora dele próprio.<sup>9</sup>

A abordagem de Canotilho é interessante porque, ao mesmo tempo que aparentemente assume a premissa clássica (até vetusta) de que o Estado tem preeminência em relação à Constituição, logo em seguida demonstra seu caráter dinâmico, afirmando que a Constituição refunda o Estado, atualizando-o.

Canotilho propõe, na verdade, como forma adequada e atualizada de enfrentar o fenômeno, o estudo da teoria geral do Estado como uma teoria do Estado democrático<sup>10</sup>, e, num segundo momento, propõe a tese da democracia de antíteses, que se apresenta como um caminho em que a construção do sistema democrático acontece de forma dinâmica, ou seja, fundada em antíteses, negando-se ao repouso restaurativo da síntese.<sup>11</sup> A democracia de antíteses propõe uma metódica apta a sustentar um conceito dinâmico de Estado e de Constituição, o qual estará em busca de seus pressupostos fundamentais também em versões dinâmicas das respectivas teorias.

Não se pode deixar de registrar também a influência teórica de Perez Luño, para quem a transformação do ‘Estado de direito’ em ‘Estado constitucional’<sup>12</sup> resultou de um processo de atribuição de qualidade a este segundo por meio da atribuição de determinados rótulos por aqueles que detêm o controle social ou poderes jurídicos.<sup>13</sup>

Nessa perspectiva, Pérez Luño ressalta que a mudança da linguagem e da aplicação das normas constitucionais não são oriundas de atos arbitrários dos juízes e governantes, mas, sim, reflexos da adequação de suas atividades às mudanças sociais, políticas e econômicas<sup>14</sup>, e com isso procura explicar que a passagem do ‘Estado de direito’ para o ‘Estado constitucional’ pode ser comprovada por três fenômenos: a mudança da primazia da lei para a primazia da Constituição, da reserva de lei à reserva da Constituição e do controle judicial de legalidade ao controle judicial de constitucionalidade.<sup>15</sup>

Assim, sob a inspiração do conceito de Estado de Canotilho e da proposta de um deslocamento paradigmática do Estado de direito para o Estado constitucional de Perez Luño, tem-se que o Estado de direitos fundamentais apresenta-se como um modelo político aberto e dinâmico vinculado objetivamente aos direitos fundamentais.

8 Nesse particular anota, com base na doutrina de Josef Isensee: “O momento da estatalidade preexiste à Constituição [...]. Se a vida estatal incorpora o momento de estatalidade, anteposto e imposto ao plano da ordenação normativo-constitucional, o Estado não é fundado pela Constituição, [...]. O Estado recortar-se-á sempre como matéria ou dado preexistente, reduzindo-se a Constituição à forma transitória do Estado perene.” ISENSEE, Josef. Staat und Verfassung. In: *Isensee/Kirchhof Staatsrechts*. v. 1, p. 592 e ss. apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 168-170.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 171.

10 Nesse sentido afirma: “[...] o sistema geral da democracia estruturar-se-ia com base no sistema constitucional, mas teria de ultrapassar o normativismo constitucional”. E ainda: “O universal democrático esconde-se nos princípios constitucionais politicamente conformadores, eles próprios raízes dos princípios básicos da democracia e, estes, raízes dos princípios fundamentais da forma de Estado.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 173.

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 174.

12 Aqui acho importante consignar, para não ser incoerente com o que tenho defendido academicamente, que não concordo com a afirmação de que há uma passagem ou evolução de um para o outro. São modelos diferentes e sustentáveis que convivem soberanamente no século XXI.

13 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 60.

14 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 60.

15 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61.

Trata-se de uma forma de organização do poder em que a supremacia da Constituição e a relações entre as funções de poder do Estado ocorrem de forma intransigentemente vinculadas à dogmática dos direitos fundamentais, sendo esses direitos vistos para além de sua perspectiva subjetiva, ou seja, também como ordem objetiva, os quais se concretizam de forma irradiante (para todos os ramos da ciência jurídica), de forma dirigente (para todos os atos estatais) e de forma horizontal (para todos os atos da vida privada).

E, nesse particular, está a premissa teórica mais importante para o raciocínio que se vai desenvolver: o de que não há monopólio do executivo (Estado de direito executivo), nem do legislativo (Estado de direito legislativo), nem muito menos do judiciário (Estado de direito judiciário) quanto à concretização da Constituição, especialmente de suas normas jusfundamentais. E também de que a Constituição deve ser, procedimental e substancialmente, a norma referência de todas as ações e tarefas dos atores da vida pública ou da vida privada.

No Estado de direitos fundamentais, assume-se, de um lado, que a tarefa concretizadora busca um sentido substancial<sup>16</sup> das normas constitucionais e, de outro lado, que a mediação concretizadora desse sentido substancial é uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária) e também entre estes e a sociedade civil organizada.

Para associar o Estado de direitos fundamentais à democracia, é preciso partir dos critérios da dinamicidade, da provisoriedade, da alternatividade, da concorrência e da diversidade, e assumir, como pressuposto da dinâmica constitucional, uma teoria geral do Estado enredada em tensões dialéticas.<sup>17</sup> Não são pressupostos simples, porque necessitam de vetores axiológicos e metodológicos bem definidos, a fim de que as consequências deles decorrentes não se percam em labirintos insolucionáveis de problemas e questões pouco pragmáticas. Porém, a sua complexidade não pode anular as responsabilidades que devem ser assumidas pelas suas possibilidades.

No plano axiológico, levando-se em consideração o grande o último grande princípio da eticidade oriundo da cultura ocidental — o de que qualquer ser humano deve ser tratado com igual respeito e consideração — Canotilho propõe como ideia básica legitimadora do Estado constitucional a dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>, o que, de alguma forma, explica a estreita vinculação entre tal princípio — matriz de toda a dogmática dos direitos fundamentais — e o Estado de direitos fundamentais, que, nesse contexto, assume um pressuposto humanista.<sup>19</sup>

Canotilho chega a sugerir, com apoio no trabalho de Miguel Batista Pereira<sup>20</sup>, a existência de duas métricas civilizatórias para o século XX: a primeira é a da libertação (paradigma das liberdades) e a segunda é a da dignidade humana (paradigma humanista). Nesse sentido afirma:

O que une, hoje, crentes e ateus é o reconhecimento fundante da liberdade digna e a dignidade livre do homem contra orto-praxis históricas de unificação e de instrumentalização humanas.<sup>21</sup>

Creio que toda a reflexão sobre o ativismo judicial também tenha que passar por aqui.

16 Segundo Canotilho um dos autores mais representativos dessa ideia de ‘significado substancial da constituição’ é Ronald Dworkin, cujos principais pontos de partida teóricos são: i) a soberania da constituição; ii) a objetividade interpretativa; iii) teoria da norma jurídica como regras e princípios. Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1196-1197.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 175.

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 178-179.

19 A referência obrigatória, aqui entre nós, acerca desse pressuposto humanista está em: BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Sobre o pressuposto humanista também há algumas considerações no tópico 4.2 (Ativismo constitucional teórico).

20 PEREIRA, Miguel Batista. Sobre o discurso da fé em um mundo secularizado. In: *Modernidade e secularização*. p. 384. apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 179. Nota 17.

21 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 180.

### 3. ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESSIGNIFICAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Não se trata de uma transição, nem muito menos de uma evolução. As observações e pontuações teóricas que serão apresentadas neste estudo seguem sendo propostas alternativas para enfrentar-se, com consistência filosófica, metodológica e dogmática, os problemas da atualidade. Os dois paradigmas convivem e estão em pleno vigor, com suas virtudes e defeitos, sucessos e fracassos.

A opção por uma ou outra compreensão constitucional não invalida os pressupostos constitucionais comuns, mas, pelo contrário, demonstram a força de que esse modelo político e jurídico de mais de dois séculos ainda goza nos dias de hoje. O Estado de direitos fundamentais assume, na verdade, a função de paradigma atualizador do ideário do Estado de direito, o que justifica-se diante da premente a necessidade de se investigar a missão das instituições federativas e republicanas diante dos complexos problemas que lhe são colocados como instituições garantidoras dos direitos fundamentais.

Mas ainda não estão muito claras, nem satisfatoriamente difundidas, as premissas essenciais de um paradigma de Estado radicalmente comprometido com os direitos fundamentais. Para isso é preciso responder a duas perguntas essenciais: o que diferencia um modelo institucional do outro? Quais as consequências dessa diferenciação para o afazer de um jurista?

Haberle tem afirmado que o modelo Estado constitucional é um modelo sempre aberto, que resulta do desenvolvimento dos séculos, no que diz respeito a tempo e espaço.<sup>22</sup> Nessa esteira, é preciso reconhecer que o modelo Estado constitucional compartilha com o modelo Estado de direito todos os seus pressupostos, quais sejam, preocupação com a supremacia do direito como vetor axiológico e axiomático de sua própria existência; vinculação a um modelo de descentralização de poder e, por fim, compromisso com os direitos e garantias fundamentais.

Para Perez Luño, a expressão ‘Estado constitucional’ indica uma linha teórica que, apesar de não ser nova, tem ganhado novo significado nos últimos anos, sendo possível identificar as seguintes tarefas para ir ao encontro dessa nova realidade: a) investigar o contexto doutrinário em que se propõe a fórmula ‘Estado constitucional’; b) sistematizar as mudanças produzidas nos ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos que pretendem expressar-se através desse novo significado constitucional para o Estado; c) propor análise crítica da tese que concebe o Estado constitucional como paradigma alternativo ao Estado de direito assumir que a concepção de Estado constitucional tem forte relação com a teoria geral dos direitos humanos (fundamentais).<sup>23</sup>

A adaptação da doutrina de Perez Luño, acerca do Estado constitucional para uma visão mais específica de Estado de direitos fundamentais, ocorreu de forma gradual e natural, ou seja, consolidou-se a partir de encontros, discussões, debates e aulas sobre a temática.

Para responder aos questionamentos propostos, quais sejam, o que diferencia o Estado de direitos fundamentais do Estado de direito e o que muda no pensamento e no afazer jurídico a partir dessa diferenciação, propõe-se uma análise dos pressupostos do constitucionalismo contemporâneo a partir de três perspectivas: a) da substituição da ideia de supremacia da lei pela ideia de supremacia da Constituição; b) da transição da teoria da separação de funções do poder para a teoria da interdependência entre as funções de poder; c) da dogmática dos direitos fundamentais como direitos subjetivos para a dogmática dos direitos fundamentais como direito objetivo.<sup>24</sup>

22 É obrigatório aqui deixar claro que, para esse autor, o Estado constitucional é “a comunidade política que encontra seu fundamento antropológico-cultural na dignidade do homem, como dizia E. Kant, e que, encontra na democracia pluralista sua estrutura organizacional.” HABERLE, Peter. La Constitución como cultura. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. v. 6. p. 177-198.

23 PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique. *A universalidade dos direitos humanos e o Estado constitucional*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002. p. 57.

24 Registro, uma vez mais, que esta parte da reflexão não é inédita. Trata-se da parte mais relevante de toda a construção teórica da primeira parte da tese de doutorado que defendi na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em maio de 2013. Sob esses

### 3.1. Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição

É indiscutível que o maior dogma do Estado de direito repousa na ideia de supremacia da lei, segundo o qual todas as demais fontes normativas têm como limite de validade a adequação àquela, visto que a lei é considerada a vontade máxima do Estado soberano, que deteria o monopólio do sistema de fontes jurídicas.<sup>25</sup>

Porém, nas últimas décadas, a supremacia do Estado e, conseqüentemente, da lei, estão comprometidas, por conta proliferação cada vez mais evidentes das normas infra ou supraestatais.<sup>26</sup> No tocante às normas supraestatais, Pérez Luño assevera que vivenciamos um contexto paradigmático em que se reconhece normatividade às regras acordadas pelas pessoas de direito internacional público, tais como tratados e a atribuição de competências a organismos internacionais.<sup>27</sup> No plano da infranormatividade estão as normas acordadas em entidades e associações da sociedade civil organizada reconhecidas, ou não, pelo Estado.

No Estado de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico requer do intérprete da Constituição uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes jurídico-estatais pelo pluralismo metódico.<sup>28</sup> Isso para que existam e se consolidem estratégias e instrumentos para enfrentar os problemas das comunidades para onde se projetam as normas constitucionais jusfundamentais. Interpretar a norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos.<sup>29</sup>

Para Canotilho existem três dimensões importantes da interpretação da Constituição: uma em que interpretar é buscar o direito contido na lei constitucional escrita; outra em que interpretar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade; e outra, ainda, em que o produto do ato de interpretar é o próprio significado atribuído na interpretação.<sup>30</sup>

Existe grande indagação doutrinária e discussão filosófica intensa acerca do tema quando se coloca a antítese entre interpretação judiciária e criatividade do juiz. O reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito existe certo grau de criatividade tem gerado muitas opiniões na doutrina. O ponto central para este debate repousa na usurpação das competências políticas historicamente reconhecidas ao Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

Parece certo, e nisso revela-se adequada e pertinente as lições de Mauro Capelletti<sup>31</sup>, que mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. Segundo Capelletti

[...] a interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar.<sup>32</sup>

---

três aspectos essenciais do Estado moderno, defendendo que estão os pontos de partida para a constatação de que há uma transição de modelos. Sobre isso já comecei a refletir em: O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais. In: SILVA, Christine O. Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Org.). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais: estudos em homenagem a Gilmar Ferreira Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

25 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 62.

26 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 62.

27 “em las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha llegado a abolir el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales, enlacreación del sistema de fuentes del derecho”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 62-63.

28 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 67.

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1200.

30 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1200-1201.

31 Capelletti, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 20.

32 Capelletti, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 21.



É uma realidade que o intérprete da norma jurídica seja levado a resolver questões de imprecisão e incertezas das normas, pois que ele deve preencher as lacunas, precisar as nuances e esclarecer as ambiguidades.<sup>33</sup> E quando se está diante de normas constitucionais, esta tarefa ganha dimensão de construção de sentidos constitucionais, o que, no caso dos direitos fundamentais, é a própria definição do âmbito de proteção desses direitos.

Não se pode negar que o papel do juiz, especialmente do juiz constitucional, é muito mais difícil e complexo do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. À função jurisdicional deve estar envolvida a responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, do intérprete, de modo que, de simples separação de funções de poder dentro de um mesmo espaço para a realização de competências que se superpõem, se sobrepõem e se autoajustam, revela-se imperiosa a necessidade de recontextualização do princípio de separação das funções de poder.

### 3.2. Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder

O Estado de direito possui como premissa o princípio da reserva de lei, conforme teoria defendida por Montesquieu, de acordo com o qual cabia tão só ao Parlamento o estabelecimento de normas abstratas e genéricas que seriam aplicadas aos casos concretos do cidadão.<sup>34</sup>

Porém, por diversas razões históricas<sup>35</sup>, revela-se oportuna a transposição do modelo de Estado que prima pela reserva da lei para aquele que se propõe a resguardar a reserva da Constituição, o que significa que a reserva da Constituição também vinculará o legislador, e, de alguma forma, convocará imediatamente também o Poder Executivo (além do Legislativo) para o exercício compartilhado de concretização dos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

Nesse particular, a doutrina sobre separação de funções do poder sempre vem à tona, como uma daquelas velhas práticas que merece sempre respeito e consideração diante das novas necessidades. Nasceram, nesse contexto, as inevitáveis parcerias entre as funções de poder Legislativo, Judiciário e Executivo. O conceito de inevitáveis, nesse sentido, não significa, entretanto, livres de tensões e conflitos, pois o Estado de direitos fundamentais, fundado na ideia de democracia de antíteses, pressupõe sempre as interações, sejam elas cooperativas ou conflitivas.

M. J. C. Vile, em obra já antiga sobre o tema da separação de poderes, afirma que nós, seres humanos, somos complexos demais para considerar uma premissa dogmática como guia por tanto tempo, de modo que devemos reivindicar outros valores, ainda que contraditórios com os antigos. E todo sistema de governo que pretenda atender a essas demandas deve buscar conciliar os antigos procedimentos e estruturas com as novas possibilidades.<sup>37</sup>

A ideia básica de M. J. C. Vile é a de que toda trajetória histórica da doutrina de separação dos poderes e das teorias constitucionais relacionadas a ela indica que as funções do Estado e os procedimentos empregados para exercer essas funções não podem estar nem totalmente separados nem completamente fundidos, pois, dessa forma, seria possível chegar a um uso eficaz, mas controlado do poder do Estado.<sup>38</sup>

33 Cappelletti, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 22-23.

34 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 69.

35 Algumas delas estão expostas na tese de doutorado, publicada pela Editora CRV: SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjus-fundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014.

36 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 71.

37 Nesse sentido afirma: “incluso el antiguo concepto de la separación de personas entre las ramas del Estado puede seguir teniendo importancia si no se considera como un fin en si mismo, sino como un medio de mantener este equilibrio.” VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 388.

38 VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 367.

Sem perder de vista a lição dos clássicos, como John Locke (século XVII) e Montesquieu (século XVIII), é preciso dizer que o século XX redimensionou a separação de poderes não apenas como a necessidade de as funções básicas do Estado estarem separadas entre diferentes órgãos, mas como a colaboração forçada entre estas funções, a fim de que pudesse haver “contenção de cada poder nas fronteiras de sua competência constitucional”.<sup>39</sup>

Nesse sentido, todas as funções de poder dispõem de meios eficientes para impedir a usurpação de funções uns pelos outros, fazendo refluir o órgão exorbitante para os espaços de poder que lhe são constitucionalmente destinados.<sup>40</sup> A referência aqui reporta-se ao modelo proposto pelos americanos conhecido como “freios e contrapesos” como aquele em que os poderes estão de tal forma compartilhados, repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos da República que nenhum deles pode ultrapassar seus limites constitucionais sem que o outro imediatamente possa detê-lo ou contê-lo.<sup>41</sup>

A proposta de uma interdependência, como se vê, não é nova. O que pode ser considerada novidadeira é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador. Explico melhor: no Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora.

Qualquer atitude de uma função de poder ou de outra será avaliada com a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a métrica das estritas limitações de competências. As próprias ideias de ativismo judicial e judicialização da política perdem algo de sua razão de ser, nesse contexto, pois as acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso, sobrevivendo momentos de tensões e acomodação pelo exercício recíproco das respectivas competências.

Assim, não mais é possível imaginar que a dinâmica entre as funções de poder seja pautada na segurança e previsibilidade, com regras do jogo democrático bem definidas ou predefinidas, pois, na realidade constitucional subjacente, as práticas dos poderes interdependentes se constroem coletivamente, ora enredadas em tensões, ora em estratégias de cooperação, sempre com o olhar atento da sociedade civil organizada e demais entidades estatais ou quase estatais a cobrar e denunciar o exercício das competências constitucionais na imane da força da história e dos acontecimentos.

Como afirma Haberle, em entrevista à jornalista brasileiro:

É claro que, quando uma corte constitucional invade, com ousadia exagerada, a esfera político-(partidária), pode colocar em risco a sua própria autoridade. Aqui é fundamental que haja sensibilidade por parte do julgador: a Corte deve trabalhar no ‘consenso básico’ de uma Constituição, mas também depende dele. Visto sob a ótica do direito comparado, há fases do *‘judicial activism’* e do *‘judicial selfrestraint’*.<sup>42</sup>

39 BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981. p. 121.

40 BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público* v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981. p. 121-122.

41 Por todos vide: BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981. p. 121. Nota 2.

42 E continua o professor Haberle: “Após o *annus mirabilis* de 1989, os tribunais constitucionais, por exemplo, da Hungria e Polônia, se empenharam muito no sentido de colocar em marcha as novas constituições reformistas. Agora, podem antes retrair-se para deixar mais espaço para os parlamentos. Algo semelhante poderia aplicar-se, hoje, também no Brasil, até sua Constituição ganhar plena *realidade* constitucional. Exemplos de um ciclo alternado entre *activism restraint* existem, também, na história dos EUA. O Tribunal Constitucional não deve ser um “preceptor *brasiliensis*”, porém atuar como órgão constitucional de peso. Não esqueçamos que a Suprema Corte em Brasília com certeza está democraticamente legitimada. No geral: *todos* os cidadãos, todos os partidos e todos os órgãos constitucionais são, em conjunto, “guardiões da Constituição.” Entrevista para o Jornal Valor Econômico, por Juliano Basile, vide: HABERLE, Peter. Entrevista a Juliano Basile. *Valor Econômico*. Suplemento Eu & Fim de Semana, 22 nov. 2008. apud *Revista Eletrônica Conjur*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses\\_alemao\\_peter\\_haberle\\_influenciam\\_supremo](http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_alemao_peter_haberle_influenciam_supremo)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

Vale, entretanto, ressaltar que não se está a considerar, para esses efeitos, a corrente doutrinária que afirma prevalecer as forças sociais sobre as forças jurídico-normativas. Mas, sim, a teoria da dinâmica circular entre tais forças, ou seja, a ideia básica defendida por Konrad Hesse para quem Constituição e realidade são interferências múltiplas que, quando combinadas, resultam no fenômeno da força normativa da Constituição.<sup>43</sup>

A separação de poderes ganha, assim, nova perspectiva metódica, pois será informada pela tarefa exigente e indissociável de movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa ou conflitual, em direção à concretização dos direitos fundamentais. Esta é uma das consequências da dogmática objetiva de tais direitos, sobre a qual se vai tratar a seguir.

### 3.3. Da dogmática jurídico-subjetiva para a dogmática jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

Talvez a principal diferença entre o Estado de direito, em sua versão clássica, e o Estado de direitos fundamentais repouse na dogmática dos direitos fundamentais a partir de duas concepções teóricas distintas: na primeira a consideração dos direitos fundamentais como direitos subjetivos e na segunda a consideração dos direitos fundamentais como direito objetivo.

A função múltipla dos direitos fundamentais, já anunciada por G. Jellinek<sup>44</sup> desde o final do século XIX, revelou-se ainda mais intrincada quando os problemas de direitos fundamentais passaram de meras situações de resolução de conflitos e restrições de direitos individuais e coletivos para direitos individuais homogêneos e difusos.

Esse processo de valorização dos direitos fundamentais também, na sua perspectiva objetiva, enquadra-se naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais<sup>45</sup> provocada pela

[...] conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.<sup>46</sup>

A descoberta de novas funções dos direitos fundamentais constitui problema de natureza essencialmente hermenêutica, pois está vinculado à possibilidade de, por meio da interpretação, serem incorporados novos conteúdos ao programa normativo desses direitos. Nesse sentido, está-se, a partir de tal problemática, reacendendo o eterno dilema representado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade para a qual se projeta.<sup>47</sup>

Não mais se apresenta satisfatório resolver os casos, sempre difíceis, de restrições e colisões de direitos fundamentais com os métodos clássicos de resolução dos conflitos normativos típicos. Era necessário pensar em alguma metódica mais sofisticada, em termos de construção lógica e argumentativa, para fazer face a uma sociedade cada vez mais informada, conectada e plural.

A dogmática dos direitos fundamentais pela ótica do direito objetivo<sup>48</sup> informa que tais direitos são tam-

43 HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

44 JELLINEK, G. apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 254 e ss. Também SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 157-158.

45 A expressão é título da obra de H. H. Rupp. RUPP, H. H. apud SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151. Nota 460.

46 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151.

47 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151.

48 Ingo Sarlet, nesse contexto, afirma que “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, ju-

bém consequências do processo de complexificação da sociedade contemporânea. Já com o fim da segunda guerra mundial, percebeu-se que a reflexão da teoria constitucional deveria assumir a premissa de que os direitos fundamentais deixavam sua condição comum de direitos subjetivos para também ganhar reflexos objetivos, no plano dos institutos e instituições, como verdadeiras garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional.<sup>49</sup>

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.<sup>50</sup>

Ora, aquilo que os direitos fundamentais concedem aos indivíduos em termos de autonomia decisória e de ação, eles retiram objetivamente do Estado. Trata-se, portanto, de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, a qual, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, incluída aí a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva.<sup>51</sup>

A discussão sobre a faceta objetiva dos direitos fundamentais conduz à própria função que os direitos fundamentais assumem diante do modelo contemporâneo de Estado constitucional. A crítica de Robert Alexy a essa posição dos direitos fundamentais é direcionada à percepção de Böckenförde sobre os direitos fundamentais.<sup>52</sup> Para Böckenförde há duas possibilidades: apreender os direitos fundamentais como princípios e, com isso, optar por um Estado judiciário, ou decidir-se pela limitação dos direitos fundamentais à sua clássica função de direitos de defesa e, com isso, optar por um Estado de direito legislativo.<sup>53</sup>

Robert Alexy ressalta que essa concepção leva a consequências inaceitáveis, afirmando que a função dos direitos fundamentais estaria desnaturada, uma vez que deixariam sua condição limitada de direito subjetivo para tomar lugar de fundamento mesmo de toda a ordem jurídica.<sup>54</sup>

Ora, as anotações de Robert Alexy são exatas, e correspondem, de forma precisa, ao giro ontológico que os direitos fundamentais sofreram a partir da 2ª guerra mundial. O que não se pode concordar é com a afirmação de que os efeitos das perspectivas irradiantes, horizontal e dirigente são nefastos e inaceitáveis pelo fato de romperem com a visão oitocentista desses direitos como direitos subjetivos públicos.

O que Robert Alexy pontua como um sarcasmo<sup>55</sup>, anotado por Ernst Forstthoff, da ‘constituição como

---

diciários e executivos.” SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 143.

49 Aponta-se como marco histórico alemão desse movimento o Caso Luth. VALE, Andre Rufino. *50 anos do caso Luth*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>>. Acesso em: 6 set. 2014. Também mencionado em: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 143.

50 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 144-145.

51 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 145.

52 Para Böckenförde “no nível das normas-princípios com tendência otimizador, a ordem jurídica já está inteiramente contida na constituição. Ela apenas carece de uma concretização.” BÖCKENFÖRDE apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577.

53 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577-578.

54 Vale o registro literal do autor: “Enquanto os direitos fundamentais clássicos estavam limitados a uma parte do sistema jurídico – a relação entre Estado e cidadão –, os direitos fundamentais enquanto princípios produziram seus efeitos por todo o sistema jurídico. Haveria um efeito irradiador em todos os ramos do direito, o que necessariamente conduziria a uma produção de efeitos dos direitos fundamentais em face de terceiros (ou efeitos horizontais), bem como a conteúdos de direitos fundamentais como proteção, segurança social e organização e procedimento, os quais demandariam uma ação positiva do Estado e não se limitariam – como os direitos clássicos de liberdade – a uma exigência de abstenção estatal.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577.

55 A crítica de Robert Alexy nesse particular é mordaz: “Isso corresponderia exatamente àquilo que Forstthoff sarcasticamente

genoma jurídico', seria exatamente o ponto de partida para ideia, que merece atenção nesse estudo, de que os direitos fundamentais constituem a parte dogmática das constituições contemporâneas e que, por isso, em um modelo de Estado constitucional que se sustenta na supremacia da Constituição, os direitos fundamentais assumem posição preeminente.

Dessa forma, também é consequência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais a ideia de que a teoria constitucional deve, necessariamente, apresentar-se como uma integração do texto e do programa normativo constitucional com o seu âmbito normativo, ou seja, da Constituição como norma com a realidade constitucional normatizada.<sup>56</sup>

Assim, para que o caráter jusfundamental dos direitos fundamentais, considerado a partir dessa visão objetiva, não seja subestimado nem reduzido a uma dimensão meramente valorativa<sup>57</sup> é preciso destacar a sua força jurídica autônoma.<sup>58</sup>

Um primeiro desdobramento dessa força jurídica autônoma dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia irradiante, ou seja, os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, a qual, em grande medida, revela-se semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição.<sup>59</sup>

Associada a essa eficácia irradiante encontra-se a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia de tais direitos na esfera privada. Trata-se da ideia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também para as relações privadas, não constituindo direitos oponíveis somente aos poderes públicos.<sup>60</sup> Essa, sem dúvida, é a faceta que tem despertado o maior número de discussões, pesquisas e curiosidades de toda a problemática dos direitos fundamentais.

Por fim, um terceiro, e último, desdobramento importante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é destacado por Hesse e diz respeito à eficácia dirigente, segundo a qual tais direitos desencadeiam efeitos também em relação aos órgãos estatais, incumbindo-lhes da permanente função de concretização e realização de seu conteúdo essencial.<sup>61</sup>

---

chamou de “constituição como genoma jurídico”[...] do que tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros para febre. A compreensão dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização conduziria, assim, a um modelo de constituição com conseqüências fatais. O legislador parlamentar perderia toda a sua autonomia. Sua atividade esgotar-se-ia na mera constatação daquilo que já foi decidido pela constituição.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577-578.

56 Nesse sentido Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Também é essa a concepção dinâmica de Constituição proposta por Konrad Hesse em ‘A força normativa da Constituição’. Para este autor: “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.” HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

57 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 144-145.

58 Lembremos o que pensa Ingo Sarlet nesse sentido: “Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais, provocada não só — mas principalmente — pela transição do modelo de Estado liberal de Direito para o do Estado social e democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.” SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151.

59 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147-148.

60 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 148.

61 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 146-147.

Ganham destaque, nesse sentido, os chamados deveres de proteção do Estado. Tem-se que ao Estado incumbe zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Trata-se, portanto, da incumbência de o Estado adotar medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.<sup>62</sup>

Assim, o efeito dirigente impõe obrigações de todos os níveis, no plano de todas as funções de poder — administrativa, legislativa e judiciária — e exige ações direcionadas à concretização dos direitos fundamentais de todos os agentes, órgãos e funções estatais. Trata-se de consequência particularmente importante para a reflexão que se propõe no presente trabalho porque horizontaliza e descentraliza a tarefa de concretização dos direitos fundamentais da figura de apenas um dos poderes. Todos têm o mesmo dever e o mesmo direito de impor os direitos fundamentais às suas práticas de poder, o que desqualifica a própria defesa ou crítica da ideia de ativismo judicial.

Por fim, é preciso consignar que os efeitos irradiantes, dirigente e horizontal dos direitos fundamentais apresentam-se de diversas formas e tem impulsionado um sem-número de considerações por parte de juristas e estudiosos em geral. A par de já substancial bibliografia sobre as aplicações setorializadas desses efeitos sobre a vida dos direitos, ainda faltam vozes<sup>63</sup> a afirmar que todo esse complexo de discussões, pesquisas e curiosidades estão envolvidos em uma mesma atmosfera paradigmática, qual seja, a de um Estado constitucional (ou como preferimos: Estado de direitos fundamentais) o qual se apresenta como uma alternativa ao modelo clássico de Estado de direito.

Nesse particular, é imprescindível registrar que o fato de ser uma alternativa não pressupõe contraposição absoluta de premissas. Pelo contrário: assumindo as mesmas e principais premissas<sup>64</sup> do constitucionalismo clássico dos séculos XVIII e XIX, a proposta do Estado de direitos fundamentais consiste em focar nas constituições e nos direitos fundamentais toda a ideologia, metodologia e teoria jurídicas.<sup>65</sup>

Isso implica que, ao invés de o jurista lidar cotidianamente com as leis e os códigos, sua referência normativa passa a ser, primordialmente, as constituições<sup>66</sup>, o que pressupõe também um prévio juízo de constitucionalidade de todas as normas jurídicas em concretização. Implica ainda que os direitos fundamentais agreguem à sua versão de direitos subjetivos, uma perspectiva de direito objetivo, irradiando-se para todo o ordenamento jurídico, dirigindo-se todas as funções estatais e condicionando todas as relações privadas.<sup>67</sup> Por fim, implica que cada uma das funções do poder exerçam suas competências mediadas intransigentemente pelas normas constitucionais, ou seja, que exista uma interdependência constitucional permanente no

62 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149-150.

63 Não posso aqui deixar de referenciar as obras de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. e também a clássica obra de SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

64 São elas: 1) a submissão do exercício do poder ao Direito e às limitações por este estabelecido para aquele; 2) o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais aos cidadãos, principalmente perante o Estado; 3) e a existência de um pacto, escrito ou não, que formalize a organização em termos funcionais e também a sua distribuição no território.

65 Neste ponto há uma intersecção inegável entre as premissas do Estado de direitos fundamentais e as do movimento que se consolidou com o nome de neoconstitucionalismo. A tríplice perspectiva do neoconstitucionalismo pode ser encontrada em: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad.: Miguel Carbonell. *Revista Isonomia*, n. 16, p. 89-112, abr/2002. Disponível em: <[http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2014.

66 Há autores que referenciam: “das leis às constituições”; “da reserva legal à reserva constitucional”; “ontem os códigos, hoje as constituições”. Por todos vide: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61. E também Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998, apud BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 set. 2014.

67 Para maiores esclarecimentos sobre este assunto vide: SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014. p. 41-43.

exercício das funções de administrar, legislar e julgar.

Não há novidade alguma nessa proposta! Como já venho dizendo há algum tempo:

O que é nova é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador.<sup>68</sup>

Assim, a ideia de separação de poderes ganha nova dinâmica a partir da premissa de que as funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário atuam em permanente relação de interação, que pode se apresentar sob a forma de cooperação e, por vezes, também sob a forma de tensão e conflito, estando ambas contempladas igualmente no jogo democrático-constitucional.

O deslocamento teórico e metodológico torna-se cada vez mais claro: as interações, cooperativas ou conflituais, entre as funções de poder devem ser avaliadas reciprocamente de uns pelos outros, e o parâmetro para esta avaliação será a teoria geral dos direitos fundamentais, com sua indissociável vinculação à proporcionalidade como decorrência do devido processo legal substantivo. Nesse sentido, já refleti em outra oportunidade:

As acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso. Assim, não mais se cogita de poderes estanques, com competências bem definidas ou predefinidas, mas poderes interdependentes que constroem coletivamente e cooperativamente suas competências constitucionais na tensão permanente e imanente da força da história e dos acontecimentos. Saem as teorias normativas sobre controle recíproco e entram as teorias descritivas sobre dinâmicas constitucionais limitadoras.<sup>69</sup>

É nesse caminho que seguirá a presente reflexão.

#### 4. DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL

Não me parece necessário discorrer neste estudo sobre o conceito de ativismo e de sua versão mais criticada: o ativismo judicial. Já há bons e densos trabalhos que cuidaram deste mister<sup>70</sup>, de modo que seria repetitivo e desnecessário reproduzir o que tanto já há dito. O que se pretende aqui é jogar luzes para o fenômeno do ativismo em um outro contexto: a prática ativista em sua dimensão de ações para a concretização das normas constitucionais, com considerações pontuais sobre a missão institucional do Supremo Tribunal Federal, no Estado brasileiro de direitos fundamentais.

Sempre que a reflexão sobre ativismo judicial vem ao debate, os auditórios se dividem entre os defensores e opositores dessa prática. As práticas decorrentes do ativismo judicial<sup>71</sup> costumam inflamar os discursos e não faltam vozes a defender que o legislativo já perdeu seu lugar histórico nas democracias contemporâ-

68 SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014. p. 36.

69 SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014. p. 37.

70 Aqui sugiro a leitura das seguintes: COELHO, Inocêncio Martires. *Ativismo judicial ou criação judicial do Direito?* Disponível em:

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 6 set. 2014; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em:

<[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2014. MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito Uerj*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaoapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

71 Dentre elas destaco: as decisões de caráter aditivo, a interpretação conforme a Constituição, as decisões de procedência no caso de omissões inconstitucionais, a edição de súmulas vinculantes, as decisões vinculativas em casos com repercussão geral reconhecida, dentre outras.

neas (pelo esgotamento ético de suas práticas políticas nefastas), como também outros bradam não ser o poder judiciário democraticamente legitimado para a tarefa de ditar regras de convívio social (pela falta do processo de eleições de seus membros).

E a esses dois argumentos mais comuns se somam tantos outros, os quais tentam encontrar soluções estáticas, de preferência únicas e apodíticas, para o problema da regulação, necessariamente dinâmica, da vida em sociedade. Se a questão central do constitucionalismo do final do século XVIII e início do século XIX era legitimar o povo-nação para essa tarefa, podemos dizer que nada mudou desde então. A diferença importante está no fato de que, naquele momento histórico, a aposta no poder legislativo como a função de poder mais hábil e legitimada para representar o povo-nação e desincumbir-se de tal missão não convence mais, ou, pelo menos, não convence a todos mais.

Está-se discutindo, como que em uma encruzilhada, buscando-se compreender e defender, cada um a seu modo, quais seriam os caminhos mais viáveis para as democracias contemporâneas. De certo, não é nos discursos inflamados e monológicos que se encontram as melhores opções, pois as alternativas para uma análise crítica satisfatória sobre o tema do ativismo judicial — contemplando suas vantagens e desvantagens — deve ocorrer de forma equilibrada e dialética, pois todos os pontos de vista merecem igual respeito e consideração.

Para homenagear um dos meus mais próximos interlocutores acadêmicos dos últimos anos — Carlos Ayres Britto — gostaria de propor um deslocamento da questão do ativismo judicial para o ativismo constitucional, a partir de uma afirmação já repetida inúmeras vezes por Ayres Britto: “O ativismo no Brasil é da Constituição e, não, dos juízes!”<sup>72</sup>. Duas perguntas surgem nesse contexto: o que é o ativismo constitucional (ou da Constituição como diz Ayres Britto)? E também o que significa deslocar a reflexão do ativismo judicial para o ativismo constitucional?

O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz.

O deslocamento de um ativismo judicial para um ativismo constitucional propõe olhar a prática ativista como inerente às funções de poder exercidas há mais de dois séculos no contexto do Estado constitucional. Isso significa enfrentar todos os problemas advindos das práticas judiciais invasoras ou positivas — registrando aqui oposição às práticas judiciais autocontidas e negativas — pelo olhar ideológico intransigentemente comprometido com a dogmática dos direitos fundamentais; pelo olhar teórico de um constitucionalismo forte que se apresenta como alternativa teórica ao positivismo jurídico clássico (final do século XIX e primeira metade do século XX) e, finalmente, pelo olhar metodológico de práticas concretizadoras comprometidas com a máxima eficácia das normas constitucionais jusfundamentais.<sup>73</sup>

Assume-se, portanto, o ativismo judicial como parte integrante e inerente de ativismos legislativos e administrativos necessários para o exercício das competências constitucionalmente distribuídas entre os poderes. Seus limites, seus excessos e suas potencialidades devem ser enfrentados a partir da premissa de que somente os demais órgãos de poder têm poderes, no jogo democrático, para estabelecer os limites e conter eventuais excessos dessa prática que, se monopolizada por qualquer dos interlocutores, apresenta-se inadequada a qualquer versão de constitucionalismo.

Nesse contexto, assume-se, pelo aqui denominado ativismo constitucional, que não se pode evitar as práticas ativistas no Estado constitucional, pois elas são inerentes ao próprio exercício de poder constituio-

72 BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981

73 Sobre a visão tripartite de neoconstitucionalismo vide: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un analisis metateórico. Trad.: Miguel Carbonell. *Revista Isonomia*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002. Disponível em: <[http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2014.



nalmente reconhecido pela Constituição. O que se almeja é refletir sobre essas práticas ativistas na realidade constitucional a partir dos dados concretos e evidenciar que fora do devido processo legal (adjetivo e substantivo), fora da concretização das normas constitucionais jusfundamentais e da argumentação justificadora não há caminhos para coibir eventuais abusos e excessos.

Para tentar contribuir com esse debate, vai-se apresentar o ativismo constitucional, como alternativa ao debate do ativismo judicial, a partir de três perspectivas: a da razão ativista (ativismo constitucional ideológico); a da postura ativista (ativismo constitucional teórico); e a da atitude ativista (ativismo constitucional metodológico).

#### 4.1. Ativismo constitucional ideológico: razão ativista

Para considerarmos o ativismo constitucional, sob a perspectiva ideológica, é preciso ter em mente que existe um fundamento racional para considerarmos a Constituição como uma ordem objetiva de valores. Isso também implica assumir que não se trata de uma ordem de valores qualquer, mas de uma ordem de valores jusfundamentais.

Em primeiro lugar, vale lembrar que a doutrina constitucional já não é recente quanto a apontar, no quadro das possíveis teorias dos direitos fundamentais<sup>74</sup>, a teoria da ordem de valores como aquela que pressupõe a vinculação de todo o ordenamento jurídico aos direitos fundamentais.<sup>75</sup> Assim, os direitos fundamentais, vistos a partir dessa teoria, apresentam-se como valores de caráter objetivo a irradiar seus efeitos para todos os campos do saber e do fazer jurídicos, deixando a sua condição clássica de direitos subjetivos ou de meras pretensões subjetivas.

Em segundo lugar, é preciso registrar que concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva, dotada de unidade material e na qual se insere o próprio sistema de pretensões subjetivas, deduz-se que o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois que os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos através da realização dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos, sejam eles subjetivos ou não, e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos.<sup>76</sup>

Assim, a principal virtude da concepção objetiva dos direitos fundamentais reside no fato de reconhecer às constituições — e as suas normas jusfundamentais — força normativa irradiante para todos os problemas jurídicos, comprometendo tanto a dogmática (no plano analítico, empírico ou hermenêutico<sup>77</sup>) quanto à filosofia constitucionais com a teoria geral dos direitos fundamentais.

No plano ideológico, portanto, o ativismo constitucional seria aquele inevitavelmente comprometido com a concretização dos direitos fundamentais em todos os âmbitos da vida jurídica<sup>78</sup>, exigindo dos ativistas constitucionais (sejam juízes, legisladores, administradores, órgãos auxiliares da Justiça, ativistas da sociedade civil organizada, etc) um discurso justificador de suas ações e decisões estritamente vinculado à tarefa de tornar efetivos esses direitos.

Uma das críticas mais consistentes dirigidas contra a teoria da ordem de valores é a de que a ordem de

74 Para uma visão mais ampla, no bojo da teoria geral dos direitos fundamentais, acerca das teorias dos direitos fundamentais vide meu: *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

75 Sobre o efeito irradiante dos direitos fundamentais como uma decorrência da perspectiva objetiva, vide: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147.

76 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1397.

77 Sobre o que significa a dogmática constitucional vide meu: Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudos e pesquisa em direito constitucional do século XXI. *Revista Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 17, p. 85-112, jul/set. 2007.

78 Não há como deixar de registrar aqui a correspondência dessa perspectiva com o efeito irradiante dos direitos fundamentais. Lembro que “Um primeiro desdobramento dessa força jurídica autônoma dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia irradiante, ou seja, os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, a qual, em grande medida, revela-se semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição.” Vide tópico 3.3 do presente artigo.

valores pode transformar os direitos fundamentais num sistema fechado, separado do resto da Constituição.<sup>79</sup> Seria o reconhecimento de hierarquia entre normas constitucionais originárias, e de uma preferência hierárquica pelos direitos fundamentais em relação às demais normas constitucionais.<sup>80</sup>

Também merece atenção a crítica de Canotilho no sentido de que “a ordem de valores abre o caminho para a interpretação dos direitos fundamentais desembocar numa intuição espiritual, conducente a uma tirania de valores, estática e decisionista.”<sup>81</sup> É a vetusta crítica ao decisionismo e a todas as suas consequências nefastas.

Por fim, há também a crítica apontando para uma possível relativização desses direitos, considerando-se que, por esta visão, tais direitos estão perenemente submetidos a controle interpretativo por meio de uma pauta de valores que pode ser arbitrariamente conformada.<sup>82</sup> A discussão sobre o enfraquecimento dos direitos fundamentais pela possibilidade de sua relativização nos casos concretos já é bastante conhecida e de muitas maneiras enfrentadas. A construção dialética e cooperativa desses direitos pelos mais diversos atores sociais é a única forma que enfrentar o problema da relativização, pois somente o efetivo controle recíproco será capaz de minimizar os efeitos negativos da relativização.

Todas as críticas apontadas são riscos reais do processo de concretização irradiante dos direitos fundamentais, inerentes à percepção de que não há como divorciar o processo de realização desses direitos do elemento volitivo a ele subjacente. A concretização dos direitos fundamentais, bem como o compromisso com esta concretização, dependem da vontade de realização da própria Constituição, bem próximo daquilo que Konrad Hesse chama de ‘vontade de constituição’.<sup>83</sup>

Isso significa que o ativismo constitucional implica, sim, uma decisão ideológica dos intérpretes constitucionais no sentido de firmar compromisso intransigente com os valores constitucionalizados pelo legislador constituinte originário e derivado. E também que a pauta de valores constitucionais jusfundamentais passa a ser, sim, o parâmetro de interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico-constitucional, incluindo as próprias normas de direitos fundamentais e, para aqueles que as distinguem, as demais normas constitucionais.

Diante desse contexto, ao invés de negar a relevância das críticas formuladas ou de tentar refutá-las uma a uma, o ativismo constitucional ideológico enfrenta as suas dificuldades assumindo-as como parte do próprio processo de realização das normas jusfundamentais, ou seja, o risco de hierarquização dos direitos fundamentais no plano normativo constitucional; o risco de arbitrariedades e tiranias dos valores no processo de interpretação constitucional; e o risco de relativização insustentável dos direitos fundamentais diante das peculiaridades e pressões do caso concreto, dentre outros, são os limites reflexivos da prática constitucional ativista, no seu sentido ideológico.

Tais riscos alertam para as armadilhas de que as práticas ativistas podem submeter seus agentes, de modo que o ativismo constitucional, no plano ideológico, presume visão crítico-reflexiva como premissa inafastável da razão jusfundamentadora. Em outras palavras, o ativismo constitucional ideológico constitui a própria razão que justifica a postura ativista (ativismo constitucional teórico) e também a atitude ativista (ativismo constitucional metodológico). É sobre essas postura e atitude ativistas constitucionais que tratam os tópicos subsequentes.

79 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1397.

80 Aqui poderia abrir uma vetusta discussão sobre a hierarquia entre normas constitucionais originárias. Não há espaço teórico – nem editorial – para tal controvérsia no presente artigo, de modo que vou me limitar a afirmar que no Brasil a tese da hierarquia não foi acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, não há que se falar em hierarquia, mas em alguma diferenciação funcional, ou seja, compreensões que diferenciam as normas-regras constitucionais das normas-princípios constitucionais. Acho, pessoalmente, que todas as diferenciações e classificações, nesse contexto, não contribuem para o cerne do debate constitucional, preferindo assumir a controversa premissa de que todas as normas constitucionais são jusfundamentais, e, por isso, irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

81 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1397.

82 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1397.

83 Vide HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

## 4.2. Ativismo constitucional teórico: postura ativista

Talvez o aspecto mais significativo do ativismo constitucional seja o teórico. A postura ativista tem conduzido a muitas reflexões, especialmente diante do embate que atualmente se apresenta em evidência entre o constitucionalismo clássico (Estado de direito) e o chamado neoconstitucionalismo (Estado constitucional).<sup>84</sup> Em verdade, tal embate, no plano teórico, representa uma primeira tentativa de proporções realmente relevantes de superação da dicotomia teórica juspositivismo/jusnaturalismo.

Muitos autores brasileiros e estrangeiros, desde os últimos anos do século XX, mas principalmente nestes primeiros anos do século XXI, têm dedicado suas reflexões acadêmicas ao chamado neoconstitucionalismo.<sup>85</sup> O neoconstitucionalismo apresenta-se, na visão do professor Luís Roberto Barroso, como consequência da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo.<sup>86</sup> Por tal fenômeno pode-se entender:

a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.<sup>87</sup>

Na verdade, como já afirmei outras vezes, o neoconstitucionalismo não propõe rompimento com o constitucionalismo, mas uma releitura de suas propostas fundamentais, a partir de um novo paradigma o qual põe em destaque o sujeito (perspectiva humanista) como elemento central de toda a reflexão científica. Nesse contexto, o ser humano passa a ser o eixo de todas as discussões, o que no direito é evidenciado pelo próprio tratamento que se deu aos direitos civis, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, a partir da segunda guerra mundial (segunda metade do Século XX).

A questão inicial que se coloca neste contexto de reflexão é qual a relação entre dignidade da pessoa humana e ativismo constitucional fundado na razão jusfundamental? A dignidade humana apela a uma referência cultural e social múltipla e plural, recolhida pragmaticamente de sugestões filosóficas e doutrinárias de diferentes esferas, com diferentes causas e consequências.<sup>88</sup> Não pode ser desconsiderada como métrica hermenêutica do intérprete e concretizador de direitos fundamentais.

Diante dessa lógica, o direito constitucional ganha nova centralidade normativa, abandonando o paradigma constitucional inauguralmente consolidado para reconhecer-se como um direito constitucional dos direitos fundamentais. E mesmo aqueles que assumem a posição de reconhecer ao direito constitucional uma qualidade destacada de direito individualizador dos princípios estruturantes e conformadores da ordem jurídica, tem o ônus colocar-se em diálogo com as pressões da teoria crítica contra o normativismo constitucional fundamentador.<sup>89</sup>

O que ainda parecem intactos e incandescentes são problemas constitucionais mais típicos relacionados à concretização, sempre tensa e complexa, dos direitos fundamentais, de modo que sempre haverá algum espaço para a teoria e a pragmática dos direitos fundamentais nessa seara. Talvez seja por estarem aten-

84 Como uma obra que retrata de forma séria e fiel o referido embate recomendo leitura: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito. São Paulo: Saraiva, 2014.

85 Um dos melhores trabalhos compilatórios acerca do que já se produziu em torno da temática é o de: MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

86 Barroso, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Rúbio, David S.; Flores, Joaquín H.; Carvalho, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 300.

87 Barroso, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Rúbio, David S.; Flores, Joaquín H.; Carvalho, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 300.

88 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 180-181.

89 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 186.

tos, ainda que sob um outro viés, a essa realidade é que já se apresenta há mais de três décadas, como um lugar-comum na Alemanha, que autores como Peter Häberle<sup>90</sup> e Martin Kriele<sup>91</sup> preferiam a expressão Estado constitucional a Estado de direito, assim como na Itália, Grã-Bretanha e Espanha, também se busque compreender o novo significado da expressão ‘Estado constitucional’ democrático<sup>92</sup>, como aquele que tem compromisso evidente com a concretização dos direitos fundamentais.

Não se pretende desconstruir o paradigma oitocentista de direito constitucional por meio da invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, mas chamar a atenção para a vinculação inafastável e os efeitos indelévels que a presença deste princípio provoca no Estado constitucional comprometido com os direitos fundamentais, o qual tenho chamado de Estado de direitos fundamentais. Muito embora conheça a ampla e respeitável crítica que se faz ao uso (e abuso) da invocação do princípio da dignidade humana como fundamento jurídico-constitucional normogenético para reconhecer os mais diversos direitos fundamentais, isso não pode significar a negação de sua existência e importância nos ordenamentos jurídico-constitucionais hodiernos.

O que tem assombrado os constitucionalistas e críticos do princípio da dignidade humana pode ter mais vinculação com o receio quanto aos riscos do ativismo judicial — e conseqüentemente o poder que se acabou por conceder ao poder judiciário de reconhecer e até de criar direitos fundamentais — do que com a concretização do princípio em si. Ao propor um giro na reflexão sobre ativismo judicial para uma reflexão sobre ativismo constitucional, pretende-se evitar os excessos da maléfica concentração de poder na figura dos juízes.

Acredito que as práticas constitucionais influenciadas pelos efeitos irradiantes, dirigente e horizontal do princípio da dignidade da pessoa humana não são contestadas em virtude do princípio em si, ou da qualidade das normas dele derivadas — sejam elas de direitos fundamentais ou não — mas da insegurança e complexidade de um sistema de direitos que se reproduz desordenadamente. E o pior, que se reproduz em sentenças de juízes que não são aprioristicamente legitimados para tal tarefa, nem se preocupam com a legitimação discursiva da empreitada que estão assumindo.

Porém, o ativismo constitucional, no plano teórico, dá suporte ao antídoto para esse problema, pois diferentemente das correntes realistas, o neoconstitucionalismo, não supera o aspecto normativo do positivismo, porque com ele compartilha a premissa de que direito é norma (premissa básica do raciocínio de Hans Kelsen). Nem o juiz, nem o administrador, nem mesmo o legislador pode afastar-se dos comandos normativos básicos (e aqui, por óbvio, estamos a falar da Constituição como norma suprema) sem o crivo do devido processo legal substantivo.

Assim, o ativismo constitucional teórico, fundado nesse pressuposto humanista, propõe alternativas para algumas dificuldades enfrentadas pelo positivismo, mas sem negar-lhe o pressuposto básico do devido processo legal: i) direito é norma, porém não mais apenas a norma fechada cuja aplicação ocorre na metodologia do tudo ou nada (teoria das regras), mas também a norma aberta, ou seja, aquela que admite metodologias de ponderação e escolhas (teoria dos princípios); ii) direito é norma que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, de modo que o devido processo legal, sustentáculo de todo o edifício juspositivista, ganha preeminência na sua versão substantiva, ou seja, toda aplicação da norma passa pelo crivo metodológico da proporcionalidade/razoabilidade; iii) por fim, direito é norma, mas tal norma não é somente aquela que provém do processo legislativo típico (de autoria exclusiva do legislador), mas normas que também são pro-

90 Häberle, Peter. *El estado constitucional*. Trad.: Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

91 KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Trad.: Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.

92 Na oportunidade, Pérez Luño alude aos autores italianos Antonio Baldassare, Stéfano Rodotà e Gustavo Zagrebelsky, os espanhóis Aguiar de Luque, De Agapito, Nieto e Sánchez Ferriz e os colombianos García Pascual, Pena Freire, Rubio Llorente e Manuel García Pelayo, que se atêm ao debate do novo significado da expressão “Estado constitucional”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 58-59.

venientes de outras decisões de poder, tais como do Judiciário e do Executivo.

Assim, não há como negar o fato de que há mudanças substanciais em curso e em consolidação. Entretanto, é preciso discordar dos argumentos alarmistas de que as rupturas são tão radicais quanto inconciliáveis com a premissa central juspositivista, qual seja, a de que o objeto do direito é a norma jurídica. O que tem ocorrido, e nisso reside toda a diferença, é que ao ressignificar a própria concepção de norma jurídica, bem como a sua metodologia de aplicação, revelam-se as novidades mais evidentes.

Neoconstitucionalismo, a partir das considerações até aqui feitas, sim, pode ser apresentado como um novo paradigma para o jurista, dando sustentação ao ativismo constitucional no plano teórico. Porém, é preciso deixar claro que a novidade não reside no rompimento com a teoria normativa do direito e da Constituição, mas no deslocamento da teoria da norma como regra para a teoria da norma como princípio.<sup>93</sup> Esse é o ponto central e mais importante da novidade teórica.

Como reflexos mais específicos dessa novidade para a seara do direito constitucional, podem ser enunciados: i) o deslocamento da teoria dos direitos fundamentais como direitos subjetivos para a da teoria dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores constitucionais; e ii) o deslocamento da centralidade normativa exclusiva da figura do legislador para uma descentralização da produção normativa também para os demais órgãos que exercem função de poder (como o Judiciário e o Executivo) e até por atores não estatais ou quase estatais com influência política em seus âmbitos (como entidades e organizações nacionais e internacionais).

Assim, a postura ativista constitucional, no plano teórico, pode ser equiparada à postura que tem sido chamada de neoconstitucionalista, muito embora seja preciso reconhecer que ainda há uma grande confusão semântica no vocábulo neoconstitucionalista<sup>94</sup>, o que, em certa medida, enfraquece a própria equiparação aqui sugerida.

De todo modo, em resumo, diga-se do ativismo constitucional teórico que é aquela postura do jurista comprometido com a teoria normativa dos princípios, por ser a mais adequada para a concretização dos direitos fundamentais; com a perspectiva irradiante, dirigente e horizontal das normas constitucionais jusfundamentais, reconhecendo que além de direitos subjetivos os direitos fundamentais também compõem uma ordem objetiva de valores; e, por fim, com a dinâmica e interdependente função concretizadora das normas constitucionais, o que importa reconhecer que nenhuma das funções de poder é intérprete solipsista dos direitos fundamentais, devendo todos eles atuarem, em suas respectivas competências constitucionais, para a máxima efetividade da Constituição e seus preceitos.

### 4.3. Ativismo constitucional metodológico: atitude ativista

O ativismo constitucional, no plano metodológico, implica uma atitude ativista cujas ações e procedimentos metódicos conduzam sempre à concretização de direitos fundamentais. É a hermenêutica específica dos direitos fundamentais, a qual pressupõe um raciocínio metódico irremediavelmente vinculado ao devido processo legal substantivo, ou seja, ao que se convencionou chamar de princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.

Toda concretização de direitos fundamentais implica um raciocínio metódico que envolve, em alguma medida, restrições, concorrências ou colisões desses direitos.<sup>95</sup> A afirmação de que não há direitos funda-

93 Sobre este deslocamento tratei em: SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Estudos constitucionais*. Brasília: UniCEUB, 2014. p. 1-22.

94 As principais críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo devem-se à confusão semântica sobre os seus pressupostos. Por todos vide: STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan/jun. 2011.

95 Sobre uma abordagem detalhada sobre as metódicas de colisão, concorrência e restrição de direitos fundamentais, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1268-1284.

mentais absolutos decorre exatamente da dinâmica de sua concretização, uma vez que no amplo universo desses direitos apresenta-se inevitável o confronto dos âmbitos de proteção de diversos direitos, sejam de um mesmo titular (concorrência), sejam de titulares diferentes (colisão), o que irá desembocar em uma ou mais práticas de restrição.

A concorrência de direitos fundamentais ocorre quando um comportamento de um mesmo sujeito de direitos fundamentais preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Existem várias formas de concorrência. A primeira delas ocorre quando se configura um cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos fundamentais. Outra forma de concorrência verifica-se com a acumulação de direitos: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si, mas, sim, um determinado bem jurídico a qual leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.<sup>96</sup> Canotilho afirma que:

[...]o problema da concorrência de direitos oferece dificuldades quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a limites divergentes, devendo determinar-se qual, dentre os vários direitos, assume relevo decisivo.<sup>97</sup>

Já a colisão de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular, sendo neste caso considerada uma colisão autêntica. Por outro lado, há uma colisão imprópria de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. O professor José Carlos Vieira de Andrade, tratando das colisões de direitos fundamentais, ensina que haverá colisão sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta, ou seja, sempre que a esfera de proteção de um determinado direito for constitucionalmente protegida de modo a intersectar a esfera de outro direito igualmente fundamental e constitucional.<sup>98</sup>

Dentre as formas de solução para as colisões de direitos fundamentais, há duas mais comuns: o estabelecimento de uma hierarquia interna entre as normas de direitos fundamentais, mediante a declaração da norma mais importante que deve prevalecer; ou, a mais aceita e adequada pela observância do princípio da unidade da Constituição, o juízo de ponderação de valores para restringir-se um direito fundamental em favor do outro diante do caso concreto.

Considerando-se que, no Brasil, não vingou a tese da hierarquia entre normas constitucionais<sup>99</sup>, não há como afastar-se metodologicamente do juízo de ponderação como meio de tornar concretos os comandos jusfundamentais. Há controvérsias doutrinárias e críticas ao método de ponderação<sup>100</sup> como atitude metodológica adequada para a concretização de direitos fundamentais, porém, continua sendo essa técnica a que mais se recorre quando direitos fundamentais estão em colisão ou concorrência, sendo necessária a restrição do âmbito de proteção de um ou mais direitos envolvidos.

A atitude ativista, nesse âmbito, implica um ônus argumentativo para justificar as ações e decisões a serem tomadas, pois sempre que se está diante da necessidade de reconhecimento da prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro, é preciso construir um discurso fundamentado e convincente sobre a decisão tomada, não sendo possível assumir a premissa falaciosa de que somente argumentos jurídicos (e irrefutáveis) estarão em jogo.

96 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1268-1269.

97 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1269.

98 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 220.

99 Quem se interessar pela doutrina correspondente, vide: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2008.

100 Para uma visão crítica com base na doutrina procedimentalista, por todos vide: BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008.

Por mais que essa atitude seja complicada do ponto de vista da legitimidade do sujeito-concretizador das normas constitucionais jusfundamentais, é fato inegável que o discurso justificador assume, pela utilização da técnica de ponderação, premissas fáticas exclusivamente vinculadas ao caso concreto e às suas circunstâncias. Dessa construção é que nascem os precedentes constitucionais.

Por essa razão, a conclusão a que se chega, no contexto do ativismo constitucional sob o prisma metodológico, é que a concretização de direitos fundamentais implica o reconhecimento de uma ponte entre as esferas do direito e da moral. Não se trata da colonização de uma esfera pela outra, mas de uma interação dinâmica e transparente dos argumentos que compõem a justificação de preferência de um aspecto do âmbito de proteção de um direito fundamental em detrimento do igualmente relevante aspecto do âmbito de proteção do outro direito fundamental desprestigiado.

Os limites das restrições impostas serão sempre confrontados com o parâmetro do devido processo legal substantivo, ou seja, pela proporcionalidade — e seus subcritérios da adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito — ou pela razoabilidade — e seus subcritérios de equidade, congruência e equivalência.<sup>101</sup> Trata-se de uma metódica complexa, não há como negar, porém o exercício cotidiano do jurista comprometido com os direitos fundamentais torna a sua atitude inclinada às ações e procedimentos necessários para o seu exercício.<sup>102</sup>

Essa é uma mudança significativa de atitude para o jurista comprometido com a dogmática constitucional, especialmente com a dogmática dos direitos fundamentais, tendo como principal consequência, no plano da linguagem, o deslocamento da discussão da tradicional dicotomia metódica sintática *versus* semântica, para uma metódica pragmática — no sentido que o termo é usado na linguística/semiótica — prenhe de complexidade e problemas. Isso quer dizer que não há como fugir, no âmbito da pedagogia constitucional, de um espaço necessariamente a ser ocupado com a metódica de aplicação e racionalização do processo de concretização dos direitos fundamentais, sob a perspectiva da compreensão (hermenêutica) e da comunicação/linguagem (argumentação).

Isso porque a atitude ativista constitucional, nesse contexto, não pode assumir conotação de ação arbitrária e monológica, nem pode pressupor suas próprias razões. As razões devem ser sempre apresentadas e reapresentadas, detalhadas e minuciosamente compostas, pois o discurso justificador da técnica de ponderação deve ter como objetivo uma quanto maior possível transparência das premissas envolvidas, sob pena de converter-se em um ativismo constitucional arbitrário e nefasto, o que, por óbvio, não se sustenta.

## 5. CONCLUSÃO

O tema do ativismo judicial, se considerado a partir do paradigma do Estado de direitos fundamentais, não pode reproduzir as críticas e perplexidades que a doutrina clássica do Estado de direito vem fazendo aos magistrados constitucionais brasileiros. Isso porque os problemas decorrentes do ativismo judicial devem ser recolocados na pauta dos juristas em confronto com a realidade que se descortina para as sociedades do século XXI.

Assim, ao invés de focar no ativismo protagonizado somente por juízes, propõe-se reflexão sobre os ativismos também protagonizados por outros interlocutores do poder. Não pode haver monopólio do executivo (Estado de direito executivo), nem do legislativo (Estado de direito legislativo), nem muito me-

101 Sobre esta classificação, por todos vide: ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

102 Uma proposta que se aproxima daquilo que considero uma postura adequada acerca da aplicação da proporcionalidade como decorrência da dogmática dos direitos fundamentais pode ser encontrada em: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

nos do judiciário (Estado de direito judiciário) quanto à concretização da Constituição, especialmente de suas normas jusfundamentais, de forma que a razão, a postura e a atitude ativistas também não podem ser exclusivas do juiz.

No Estado de direitos fundamentais, diz-se que a tarefa de concretizar a Constituição busca um sentido substancial das normas constitucionais jusfundamentais, o que implica assumir que a mediação concretizadora da Constituição necessariamente há que ser uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária) e também entre estes e a sociedade civil organizada.

Assim, os deslocamentos ideológico, teórico e metodológico propostos neste trabalho supõem que as interações, cooperativas ou conflituais, entre as funções de poder do Estado e também entre aquelas e as da sociedade civil organizada devem ser avaliadas e controladas reciprocamente envolvendo ativismo constitucional de todas as funções públicas em direção à realização da máxima eficácia das normas constitucionais jusfundamentais.

O parâmetro para esta avaliação e controle será a própria dogmática dos direitos fundamentais, com sua indissociável vinculação à proporcionalidade — devido processo legal substantivo — como decorrência de uma visão substantiva da Constituição, o que implica desdobramentos ideológicos, teóricos e metodológicos para a realização dinâmica das normas constitucionais jusfundamentais.

Assim, como uma das principais conclusões do presente trabalho, tem-se que o ativismo judicial apresenta-se como parte integrante e inerente de outros ativismos constitucionais — como o legislativo e administrativo, por exemplo — os quais são imprescindíveis, em seu conjunto e nas suas tensões, para o exercício das competências constitucionalmente distribuídas.

E, por fim, diga-se que eventuais limites, excessos e potencialidades do ativismo judicial devem ser enfrentados a partir da premissa de que somente os demais órgãos de poder têm força, no jogo democrático, para estabelecer os limites e conter eventuais abusos cometidos em nome dessa prática que, se monopolizada por qualquer um dos interlocutores, apresenta-se inadequada a qualquer versão de constitucionalismo.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Rúbio, David S.; Flores, Joaquín H.; Carvalho, Salo de (Org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 300.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n.



59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

Cappelletti, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

COELHO, Inocêncio Martires. *Ativismo judicial ou criação judicial do Direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 6 set. 2014.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un analisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. *Revista Isonomia*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002. Disponível em: <[http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2014.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2014.

Häberle, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERLE, Peter. Entrevista a Juliano Basile. *Valor Econômico*, Suplemento Eu & Fim de Semana, 22 nov. 2008. apud *Revista Eletrônica Conjur*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses\\_alemao\\_peter\\_haberle\\_influenciam\\_supremo](http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_alemao_peter_haberle_influenciam_supremo)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.

KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito Uerj*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaoapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, Andre Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

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

Rubio, David Sanches; FLORES, Joaquim Herrera; Carvalho, Salo de (Org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Christine O. Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Org.). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais: estudos em homenagem a Gilmar Ferreira Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Christine O. Peter da. Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudos e pesquisa em direito constitucional do século XXI. *Revista Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 17, p. 85-112, jul/set. 2007.

SILVA, Christine O. Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014.

SILVA, Christine O. Peter da; GONTIJO, André Pires. Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios. In: SILVA, Christine O. Peter da; GONTIJO, André Pires. (Org.). *Estudos constitucionais*. Brasília: UniCEUB, 2014. p. 1-22.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan/jun. 2011.

VALE, Andre Rufino. *50 anos do caso Luth*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>>. Acesso em: 6 set. 2014.

VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Ativismo judicial: o contexto  
de sua compreensão para a  
construção de decisões judiciais  
racionais**

**Judicial activism: context  
of its understanding for the  
construction of rational judicial  
decisions**

Ciro di Benatti Galvão

# Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais\*

## Judicial activism: context of its understanding for the construction of rational judicial decisions

Ciro di Benatti Galvão\*\*

### RESUMO

o presente artigo analisa o contemporâneo contexto sociojurídico e político de compreensão do ativismo judicial brasileiro com repercussão acerca do entendimento operativo da separação dos poderes. É sabido que a complexidade social e a previsão normativa de interesses e assuntos plurais têm feito com que as funções estatais sejam reanalisadas para que possam permanecer aptas a atender as suas funções preponderantes. Não seria diferente com a função jurisdicional do Estado. A partir da análise do citado contexto, percebe-se que uma renovação do princípio jurídico da Separação dos Poderes se mostra imprescindível para que a atividade precípua de solução de conflitos, com a conseqüente necessidade de preservação da pacificação social e alcance da noção de justiça, sejam obtidas. Renovando-se a sua compreensão, renova-se a legitimidade estatal junto à sociedade, quando da exigência por uma decisão judicial verdadeiramente racional. Para chegar-se a essa conclusão, a metodologia empregada baseou-se na coleta e análise crítica de argumentos de cunho doutrinário (muitas vezes, contrários entre si) suficientes para construir a linha pensamento adotada, favorável à adoção mais proativa (e, às vezes, criativa) da função jurisdicional do Estado, em especial, a da jurisdição constitucional com o objetivo de concretizar ou tutelar os valores e metas constitucionais do Estado.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Separação dos poderes. Racionalidade judicial decisória.

### ABSTRACT

This article examines the socio-legal context of understanding the Brazilian judicial activism. It is known that social complexity and the normative prediction of plural interests and subjects has forced State to recalculate its functions or powers so that they remain capable of well executing their predominant functions. It would not be different with the judicial function of the State. From the analysis of that context, it is noticed that a renewal of the principle of separation of powers is essential to the core activity of conflict resolution, with the consequent need to preserve and achieve social

\* Recebido em 28/10/2014  
Aprovado em 14/03/2015

\*\* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Público. Professor de Direito Constitucional, de Teoria do Estado e de Direito Administrativo. Autor de artigos e de livros na área do direito. Advogado em Minas Gerais. E-mail: dibenatti@yahoo.com.br

peace. Renewing the understanding of the judicial function, from the requirement for a truly rational judicial decision, the state legitimacy in society renews itself. To reach this conclusion, the methodology used was based on the analysis of critical and doctrinal arguments (often contrary of each other) sufficient to construct the line of thought adopted here, supporting the adoption of a proactive stance of the jurisdictional function of the State, in particular the constitutional jurisdiction in order to achieve or protect the constitutional values and goals of the State.

**Keywords:** Judicial activism. Separation of powers. Judicial rationality

## 1. CONCEITUAÇÃO, IMPORTÂNCIA E CONTEXTO SOCIOJURÍDICO E POLÍTICO DE REALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

A temática da performance ou do comportamento do Poder Judiciário tem se tornado sedutora, em tempos atuais. Contrapondo-se à noção norte-americana de *judicial self restraint*, responsável pela adoção de um comportamento judicial de contenção autonomamente realizado, pelo qual há encorajamento dos membros do Poder Judiciário de autolimitar as suas fronteiras de atuação. O fenômeno do ativismo judicial ou *judicial activism*, envolvendo nova abordagem da função jurisdicional do Estado, tem levado a calorosos debates, condenando ou afirmando a sua importância, de acordo com o contexto em que se trabalha a questão.

Apesar de poder ser-lhe dirigida uma perspectiva analítica negativa<sup>1</sup>, a partir do levantamento de questões relativas à inexistência de legitimidade democrática da função jurisdicional (por assumir uma postura contramajoritária) e à eventual ofensa à noção técnica de separação dos poderes (em razão do pretensão comprometimento das funções típicas pertencentes ao demais poderes do Estado), culminando, na adoção de comportamento pretensamente impróprio e, até mesmo, abusivo do Judiciário, adotar-se-á uma análise positiva acerca de sua compreensão.

Embora trata-se de expressão cujo conteúdo semântico possa se mostrar plúrimo<sup>2</sup>, compreende-se o ativismo judicial<sup>3</sup>, como sendo um comportamento proativo (e, por raras vezes, antecipador à função típica dos demais poderes constituídos do Estado), desempenhado pelo Judiciário (especialmente, em termos da jurisdição constitucional), mediante procedimento interpretativo-constitucional, com a justificativa de suprir ou corrigir deficiências ou insuficiências posturais das demais funções estatais (legislativa e administrativa), tendo o nítido escopo de melhor garantir, a partir de decisões judiciais, a correspondência do Estado com os valores albergados nas normas constitucionais<sup>4</sup> (em especial, as normas-princípio), principalmente os ligados à proteção e ao aprimoramento dos direitos fundamentais e ao controle e/ou à racionalidade do exercício do poder estatal.<sup>5</sup>

1 Nas palavras de Randy Barnett: “judicial activism is used to criticize a judicial practice that is to be avoided by judges and opposed by the public”. Cfr. BARNETT, Randy E. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, p. 495-496.

2 Cfr. YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4. p. 1139-1216, 2002.

3 Aproveita-se a oportunidade para correlacionar ao termo “ativismo judicial” o de “judicialização da política”. Adota-se o pensamento de que a judicialização significa o encaminhamento ao Judiciário de questões político-sociais (que antes não tinham tanta ressonância decisória em termos judiciais em virtude da pretensa completude de tratamento pelas demais esferas de poder) para tomada de decisão final. Muitas vezes, o prévio amadurecimento deliberativo desses novos temas exercido no âmbito de decisão do Judiciário acaba refletindo, em certos casos, na necessidade de tomada de comportamentos novos, passíveis de serem enquadrados no exercício da função típica dos demais poderes, adotando-se não mais uma postura legislativa ou administrativa meramente negativa. Objetivamente, a judicialização, muitas vezes, está pressuposta ou inserida na postura ativista comportamental do Judiciário de maneira prévia a esta. Corroborando a análise que aqui se faz sobre a judicialização da política, cfr. HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/ago. 2009. Na visão do autor tem-se que: “A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver”.

4 Em sentido próximo, BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 365.

5 Keenan D. Kmiec corrobora esta visão ao asseverar que “in other words, the Court is engaging in judicial activism when it

A manutenção da ordem constitucional a partir, essencialmente, dos processos de constitucionalização do Direito torna a discussão do tema atrativa e a sua importância dirige-se, pois, à necessidade de se questionar a própria compreensão do sistema jurídico-constitucional a partir das espécies de normas que o compõem e das formas de sua aplicabilidade e de concretização pelos órgãos funcionais básicos do Estado.

Sabendo-se que a composição do ordenamento jurídico se faz por meio de normas-regra e de normas-princípio<sup>6</sup>, basilar se mostra o argumento de que o comportamento ativista da função jurisdicional mostra-se em afinidade com a constatação de que nem todas as questões fáticas que se tornam problemas para o Direito possuem, aprioristicamente, solução regrada previamente.

Crê-se que, se uma postura de autocontenção extrema é adotada, fatalmente predispõe-se a dizer o direito somente a partir de normas detentoras de certo grau de concretude prévia, apta a se enquadrar ao problema, na expectativa de evitar o comprometimento do sistema jurídico como se somente assim ele fosse constituído e compreendido.

Mas o direito não é conhecido, apenas, pelo que está posto ou positivado. Muitas vezes, a norma de decisão far-se-á mediante aplicação de dispositivos normativos, que passam a obter concretude a partir da análise do contexto que envolve o problema carecedor de solução jurídica, mediante a intervenção de intérpretes devidamente autorizados pelo próprio texto constitucional. É sabido que o ordenamento jurídico caracteriza-se não apenas por dispositivos normativos previamente prontos para serem aplicados, mas também, por conceitos normativos mais genéricos, fluidos e com maior capacidade de adaptação contextual, a exemplo dos princípios jurídicos (inclusive, alguns são subentendidos, diga-se de passagem, a exemplo da proporcionalidade, decorrente da interpretação adequada do art. 5º, LIV, da CF/88). Assim, em muitos casos, a adoção de uma postura jurisdicional menos autocontida revela-se mais indicada e, talvez, mais exitosa, de acordo com a complexidade apresentada pelo problema ao Poder Judiciário, justamente para dar concretude a normas de caráter constitucional mais genérico ou fluido, igualmente detentoras de importância e, portanto, carecedoras de efetividade prática.

A defesa da coerência normativa do ordenamento jurídico-constitucional — não importando quais as espécies normativas que o compõem — é (e, continuará sendo) uma necessidade atual, vinculada à preservação da ideia de unidade e harmonia jurídica, principalmente em termos constitucionais. Infelizmente, no entanto, percebe-se que há certa dificuldade na efetivação de muitas normas constitucionais pela atuação dos poderes Legislativo e Executivo, que tem a lei em sentido estrito ou como objetivo de sua atuação ou como base para a sua atuação. Especificamente em relação ao Legislativo, verifica-se a persistência de lacunas normativas provenientes da inércia regulamentadora a partir de decisões legislativas ou de sua má elaboração (especificamente, em termos de conteúdo), comprometendo situações sociais que se tornam conflituosas e que acabam sendo levadas à análise do Judiciário, exigindo-lhes uma definição em termos decisórios. Já em relação à atuação administrativa, tem-se, muitas vezes, a inércia de atuação camuflada na noção de discricionariedade administrativa ou mérito administrativo, refletido principalmente na adoção de políticas públicas em diversos setores.

Dessa maneira, sabendo-se que não cabe aos juízes eximir-se (princípio do *non liquet*) de decidir em razão de inexistência de norma posta regulamentadora ou da existência de certa antinomia, observa-se que a atividade interpretativa, na qual argumentos principiológicos possam ser realmente aproveitados, ganhando utilidade jurídica prática para a solução final, reforça a predisposição em se defender uma postura mais proativa dos órgãos judiciais<sup>7</sup>, dentro, obviamente, de parâmetros racionais em termos de decisão. Nesses termos,

---

reaches beyond the clear mandates of the Constitution to restrict the handiwork of the other government branches”. Cfr. KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, v. 92, issue 5, p. 1464-1465, 2004.

6 Cfr. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 147.

7 No mesmo sentido, Cfr. SANTAROSA, Humberto. Jurisdição Criativa e a motivação das decisões judiciais como seu aspecto legitimador. In: FUX, Luiz (coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 567.

aponta-se, como parâmetro especial a esse perfil comportamental do Judiciário, a motivação argumentativa, que continuamente merece guarida em termos jurídico, ganhando, enfim, ressonância e considerável grau de importância em todo comportamento decisório.

Tradicionalmente concebida como elemento garantidor do controle da atividade decisória, por facilitar a sua correspondência e adequação à noção de legalidade (juridicidade), passa-se, atualmente, a concebê-la e/ou compreendê-la, em todos os âmbitos decisórios estatais, como uma exigência de racionalidade jurídica de cunho objetivo, conformadora de um adequado iter ou processo de fixação dos entendimentos e razões que serão expostos na decisão final a ser tomada. Explica-se: ao mesmo tempo, a exposição de razões e argumentos serve para facilitar ou potencializar a fiscalização da decisão final (*a posteriori*) mas, igualmente, na condição de dever jurídico fundamental objetivo, significa a preocupação própria de quem decide em fazê-lo em conformidade com noções fundamentais do ordenamento jurídico, garantindo-lhe pertinência, coerência e racionalidade, evitando-se as chances das decisões serem atacadas, invalidadas ou questionadas, alcançando, também, maior grau de legitimidade (é o que se denomina de *vocação jurídico-racional preventiva*).<sup>8</sup>

No caso específico do comportamento de não autocontenção do poder judiciário, o dever jurídico de motivação de base jurídico-argumentativa revela-se elemento essencial, apto a justificar eventual decisão que, possivelmente, seja objeto de contestação por, pretensamente, contrariar a noção de separação de poderes ou por se revelar como decisão contramajoritária, pois, atualmente, impera a busca por funcionalidade operativa no exercício das funções estatais clássicas, de maneira que as decisões dos poderes constituídos devem apresentar-se verdadeiramente úteis ao propósito para qual as funções são exercidas (conforme se verá adiante).

Classicamente, em relação à função judicial, diz-se que ela está condicionada a extinguir litígios, (justa composição das lides<sup>9</sup>) e/ou combater ilegalidades, aplicando-se concretamente a vontade do direito objetivo vigente, com a finalidade última e geral de obter pacificação, ordenação e organização sociais.

Contudo, a partir da assunção dos Estados tipicamente Constitucionais, centrando-se o ordenamento nas disposições normativas do texto constitucional, especificamente em sua força normativa e em sua necessidade permanente de efetivar-se, volta-se o olhar crítico às pretensões funcionais desempenhadas pelo Poder Judiciário. Acrescente-se a isso a análise da própria evolução do Estado, com nítido e exponencial crescimento da complexidade dos assuntos levados à resolução por ele, constatando-se que a decisão final tende a não ser tão diretamente buscada em dispositivos legais em sentido estrito e previamente existentes, simplesmente para apaziguar situações conflituosas.

A utilidade e a operacionalidade das decisões judiciais passam a se apresentar mediante o recurso a argumentos de ordem valorativa contidos em normas principiológicas (especialmente, em princípios constitucionais), relativizando, pretensamente, e, de antemão a harmonia (originalmente concebida) dos poderes, implicando, no entanto, e, eventualmente, uma significativa e indicada releitura da postura do Judiciário<sup>10</sup>, visto que ele tende a ser mostrar como um dos principais atores de realização das intenções constitucionais e resguardo da unidade da normatividade constitucional.

Nesses termos, *a argumentação motivada das decisões judiciais, baseada na utilização sistêmica das normas do ordenamento jurídico*, a partir, obviamente, das normas constitucionais e que, eventualmente, possam indicar uma falsa ideia de invasão ou contrariedade às normas de competência legais dos demais poderes constituídos, *passa a auxiliar o Poder Judiciário na obtenção de um esforço funcional mais complexo, revelador de um aprimoramento apto e crucial à potencialização da cumprimento da sua própria função típica e de atribuição de legitimidade ao próprio Estado.*

8 Cfr. GALVÃO, Ciro di Benatti. *O dever jurídico de motivação administrativa*: parâmetro objetivo para a racionalidade decisória dos atos administrativos restritivos de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 105 e ss.

9 Cfr. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 97.

10 Nesse sentido, precisas se mostram as palavras de Luiz Guilherme Marinoni para quem: “A transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição”. Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>. Acesso em: 06 out. 2014.

A variação de posicionamento (*pró judicial activism* ou *pró judicial self restraint*) também está condicionada à análise do contexto sociopolítico em que se exerce a função jurisdicional do Estado.

Variando o momento de evolução estatal, as mudanças sofridas pelo Estado refletem na atuação ou no comportamento de seus poderes constituídos. Ou seja, toda manifestação de poder estatal está condicionada ou, ao menos, significativamente, influenciada pelo contexto de incidência do Estado e do Direito que o regulamenta. Não há por que contrapor-se a essa afirmação.

Relativamente ao Poder Judiciário e, portanto, ao exercício da função jurisdicional do Estado, percebe-se que a superação da fase tipicamente liberal e a inserção, ainda, no contexto social tem feito com que constatemos a necessidade enfrentada por ele em lidar com as novas e complexas questões que lhe são direcionadas, a exemplo das demandas judiciais vinculadas à questão do direito fundamental à vida e à saúde, meio ambiente, bem como demandas referentes à liberdade em suas mais diversas perspectivas (liberdade religiosa, liberdade sexual, liberdade de consciência, liberdade de expressão e de pensamento etc.), cobrando-lhe comportamentos afirmativos, positivos.

Verifica-se que a chamada crise do contexto estatal vem forçando a ruptura de paradigma da jurisdição como um todo, em especial da jurisdição constitucional, que passa a depender de uma postura mais operativa e criativa em sua função típica, passando a depender de um perfil que requer-lhe comprometimento para a realização e/ou concretização de uma suposta ordem de valores presentes nas determinações legais, em especial, nas determinações de cunho constitucional, mediante correções às funções próprias exercidas pelas demais manifestações de poder do Estado, especialmente, pelo Poder Legislativo. Não se tolera, ou melhor, não se coaduna mais com um perfil do Poder Judiciário conivente com os silêncios ou omissões das demais funções estatais, geralmente rendidas por questões meramente políticas e, muitas vezes, partidárias, comprometedoras de realização de direitos fundamentais, inclusive de minorias em termos de representação política.

Faz-se, portanto, e, na visão de Marcelo Cattoni, uma conexão entre o “Direito e a realização do que a nação, corporificada na figura estatal, entende como bem-comum”<sup>11</sup>, ou seja: “a jurisdição constitucional assumirá o lugar de um poder constituinte permanente de desenvolvimento de valores pressupostos à Constituição”<sup>12</sup>, servindo de figura intermédia para o alcance e/ou aperfeiçoamento dos valores constitucionais presentes tanto nos direitos fundamentais, quanto nas instituições democráticas, constatada a impossibilidade do processo de “autorrealização da identidade cívica”<sup>13</sup> da própria sociedade.

Ainda dentro do contexto sócio-político de desenvolvimento do pensamento ativista (em termos judiciais), pode ser afirmado que a correspondente e nova postura do Judiciário (em específico, da jurisdição constitucional) se justifica, ainda, a partir de outra significativa situação constatável: a famigerada crise da representatividade política, em especial a do Legislativo, derivada, em sua essência, da inoperância, incompletude e da falta de apreço à qualidade legislativa.

Anteriormente, vigorava a certeza e a confiança real de que os entes legislativos pudessem prever, mediante normas legislativas próprias, as situações e os comportamentos sociais, de maneira que eventuais incompletudes poderiam ser sanadas pelos métodos tradicionais de interpretação jurídica. O dogma da completude legislativa imperava. O Direito (e, portanto, a noção de justiça) era compreendido e se perfazia, apenas, a partir dessa ótica, de maneira que a função judicial baseava-se, predominantemente, na busca de enquadramento perfeito e lógico entre enunciado normativo e o seu contexto de aplicação prática, ou seja: bastava-lhe uma atuação mecanicista.

A aceleração das mudanças sociais<sup>14</sup> e a complexidade do mundo da vida passam a forçar a crucial alteração de perspectiva analítica acerca do papel do Poder Legislativo e de sua, até então, absoluta aptidão de

11 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 203.

12 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 204.

13 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. p. 204.

14 PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional. In: FUX, Luiz (coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 175.



regulamentação social. Soma-se a isso a constatação de significativas falhas no processo legislativo, especificamente mediante a constatação de que, nem sempre, a orientação jurídico-normativa do Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante, está em sintonia com a realização da “vontade de constituição”<sup>15</sup>, tão bem trabalhada por Konrad Hesse, sucumbindo a verdadeiras vontades ou perfis parciais de poder, próximas da noção de dominação de fatores reais de poder socialmente incidentes e comprometedores do projeto denominado, aqui, de obtenção de uma *Constituição inclusiva ou agregadora*.

A má qualidade dos textos legislativos produzidas pelos Parlamentos correspondentes e a recusa consciente e, até mesmo, a transferência de responsabilidade pela deliberação juridicamente inclusiva e tolerante acerca de muitas questões controvertidas e pungentes, tem levado a que, *a posteriori*, haja intervenção subsidiária, mas necessária, dos demais poderes constituídos, especialmente, do Judiciário, apta a dar-lhe contornos realmente racionais em termos jurídico-constitucional. Dessa forma, compartilha-se das observações feitas por Lênio Streck<sup>16</sup> acerca da atuação da jurisdição constitucional, dispondo que haja de sua parte

[...] uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, transcendendo as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares.

É o que tem sido denominado de postura contramajoritária, principalmente valendo-se do argumento de proteção e/ou aprimoramento de direitos fundamentais afetados, seja pela inexistência de textos legislativos, seja pela sua feitura deficitária ou omissa.

Reconhece-se que há, de fato, uma crise na função legislativa estatal ou crise de representatividade legislativa (principalmente, se levarmos em consideração o nível de despreparo técnico-funcional dos componentes ou, o que é pior, a apatia pessoal em buscar o *know-how* necessário a ser aplicado à atividade legislativa) e que carece de superação urgente, mas que somente vai se dar a partir do comprometimento do órgão em se transformar, de fato, numa arena ou lócus de deliberação séria e comprometida das necessidades sociais, amparadas, obviamente, em valores materialmente constitucionais, realizando verdadeira filtragem, pois nem tudo que é socialmente desejável será juridicamente viável de incidir.

Nesse sentido, a alteração ou o aperfeiçoamento do Legislativo como lócus deliberativo-decisório urge e se mostra salutar. Mas, infelizmente, a sua colonização inadequada força e/ou concretiza a necessidade de ordenação social juridicamente pertinente por meios alternativos (juridicamente amadurecidos e pensados), pois o mote fundamental de alcançar, manter e aprimorar a ordenação social persiste desde a concepção técnica de Estado, datada do século XVI, com a subsequente necessidade de vincular a ideia de ordenação social com os ideias do constitucionalismo.

## **2. A NOÇÃO OPERACIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS E SUA APLICAÇÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Quando um dos atores responsáveis pela representação dos poderes constituídos do Estado falha deliberadamente ou não, poderia outro substituir-lhe ou corrigir a sua eventual falha, imprecisão ou omissão para efetivar o conteúdo substancial do texto constitucional? E, mais: principalmente, no que se refere às temáticas relativas a direitos fundamentais e à necessidade de controle e racionalização do poder estatal, tal comportamento mostra-se viável em Estados de Direito? Haveria, a partir da normatividade constitucional, uma justificativa argumentativa que pudesse defender a resposta positiva dos questionamentos acima?

15 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

16 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil*. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 257-301, 2003. p. 281.

O enfretamento das colocações acima pressupõe a) a tentativa de reconfiguração do princípio jurídico da Separação dos Poderes, dando-lhe contornos mais atualizados a fim de que possa corresponder aos ideais da evolução do constitucionalismo, principalmente, no que tange ao chamado *constitucionalismo da efetividade*; b) a concretização da característica de autocorreção constitucional, feita institucionalmente, com vistas ao aperfeiçoamento social e à garantia de valores constitucionais, conforme será visto.

A partir de certa perspectiva compreensiva, a Separação dos Poderes implica(va) a defesa do raciocínio de evitar-se concentração e abuso do poder estatal, retrocedendo a um contexto arbitrário e contrário à proteção ou garantia da esfera jurídico-subjetiva do indivíduo diante do Estado. Priorizou-se a necessidade de distribuir as funções estatais a entes ou órgãos diferentes, autônomos e independentes entre si, havendo controle mínimo e recíproco, impedindo-se, no entanto, a descaracterização das competências e funções típicas desempenhadas por cada um. Trata-se da *dimensão garantística ou negativa* de tal princípio estruturante do Estado de Direito, amparado no pensamento liberal de John Locke, aprimorado por Montesquieu, como tradicionalmente se analisa a temática.<sup>17</sup>

Importante ser salientado, no entanto, que há certa ampliação entre os “espaços de interseção e fricção” entre o Judiciário e os demais poderes constituídos, potencializando, conforme observa Luís Roberto Barroso, a necessidade de demarcação do “âmbito de atuação legítima” de cada um, atentando-se, no entanto, para o fato de que as eventuais fronteiras demarcatórias não devem se mostrar fixas ou extremamente rígidas, devido à “existência dinâmica e pendular” das citadas interações.<sup>18</sup>

É nesse cenário que se redesenha a noção jurídica da separação dos poderes, levando-se em consideração o fato de que, no que diz respeito à jurisdição constitucional, a sua vocação imediata está na tutela e/ou no aperfeiçoamento dos objetivos primários do constitucionalismo moderno e contemporâneo, evidenciando-se, por óbvio e, devido a sua importância para o desenvolvimento do indivíduo (em suas mais diferentes manifestações), os direitos fundamentais e os valores constitucionais albergados por eles, muitas vezes.

Para se alcançar tal desiderato, a separação dos poderes passa a admitir uma perspectiva positiva ou operativa, relativa à necessidade de que seja atribuído um aumento da capacidade de atuação racional<sup>19</sup> (para alguns, até criativo<sup>20</sup>) dos órgãos executores das funções estatais, de maneira que potencializem suas funções típicas, tornando-se verdadeiramente úteis à realidade estatal e ao elemento subjetivo de composição do Estado, ou seja, aos cidadãos em sua dimensão individual e/ou coletiva.

Pretende-se, com essa visão, ordenar racionalmente<sup>21</sup> o contexto social e as problemáticas dele advindas e, a partir da noção jurídica de *vontade de constituição*<sup>22</sup>, tornar as decisões dos órgãos estatais funcionalmente

17 No mesmo sentido, cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*. Lisboa: Lex, 1997. p. 25 e ss. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo ara o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 13. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 250. STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 142.

18 BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 383 -386.

19 Sobre este ponto, cfr. NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*. Lisboa: Lex, 1997. p. 25-26; PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo ara o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 262; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 34.

20 Sobre uma criatividade pautada na inexistência e inadmissibilidade de argumentos meramente voluntaristas do intérprete-Judiciário, cfr. STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 147.

21 Neste sentido, cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madri: INAP, 2003. p. 193. Na literalidade do pensamento do autor tem-se que: “en definitiva, la finalidad fundamental de la separación de poderes, a saber: generar racionalidade através de estructuras diferenciadas, no se halla hoy en día superada, ni fáctica ni jurídicamente”.

22 Adota-se com esta expressão a concepção fornecida por Konrad Hesse em sua obra ao referir-se à ela como a necessidade dos atores da realidade social (e, a nosso ver as instituições jurídicas) se conformarem de acordo com a normatividade constitucional e, mais: se predisporerem a atribuir e concretizar as ordenações provenientes do texto constitucional. Cfr. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 8.

adequadas e substancialmente justas e coerentes, lembrando, sempre, que essa perspectiva positiva requer, para se justificar e evitar decisionismos, a noção de *responsiveness e accountability* (exigência de capacidade e de responsabilidade funcional sujeita a controle, digamos assim).

Afinal, conforme prudentemente adverte Lênio Streck, “a decisão adequada constitucionalmente exsurgirá da reconstrução do Direito, com efetivo respeito à integridade e à coerência”<sup>23</sup>, não devendo ser o reflexo de uma “*opção política por valores*” (grifo nosso), cabendo aos juízes construir seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, recomendação objetiva que limita qualquer subjetivismo eventualmente passível de manifestação.<sup>24</sup>

Obedecida essa exigência de adequação da decisão judicial à integridade e coerência da ordem jurídico-constitucional (manifestada, obviamente, conforme já exposto, pela exigência de motivação argumentativa-normativa) afirma-se que a atualização do perfil que o Poder Judiciário pode passar a adotar poderá albergar tanto a necessidade de concretização e efetividade constitucional, quanto de segurança jurídica e proteção social contra subjetivismos.

Tomemos como embasamento jurisprudencial apto a reforçar o perfil ativista do Judiciário, a partir da perspectiva operativa apresentada acerca da Separação dos Poderes a decisão emanada pelo STF acerca da análise da ADI 4277/DF, cuja relatoria coube ao Ministro Ayres Britto, julgada em 05 de maio de 2011, bem como da ADPF 132.

As referidas ações processuais objetivas se referiam à discussão e análise da pertinência constitucional da temática alusiva à proteção jurídico-constitucional das uniões estáveis entre pessoas de mesmo sexo a fim de lhes fossem garantidos os mesmos direitos que a legislação civil infraconstitucional garante às parcerias interpessoais heterossexuais, de maneira a realizar a interpretação adequada e coerente do Código Civil (especificamente o art. 1723) com o texto constitucional, com conseqüente extração da norma de decisão pertinente a efetivar as pretensões de inclusão e de repúdio à desigualdade e de desrespeito à dignidade humana, na condição de capacidade de autodeterminação individual e de reciprocidade de tratamento respeitoso, ensejando a possibilidade automática de que haja, caso fosse (e seja) de interesse pessoal, a sua conversão em casamento, nos moldes do que determina o §3º do artigo 226 do texto constitucional.

Institucionalizou-se, portanto, não somente a união estável homoafetiva, mas, também, a viabilidade da ocorrência do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, com todas as implicações jurídicas advindas desse instituto. Percebe-se, claramente, que, no caso em tela, prescindiu-se de deliberação sobre a matéria em âmbito interno da arena político-parlamentar, que, possivelmente, manifestaria contrariedade à questão devido a sua composição, que, pela heterogeneidade, abarca setores conservadores, nitidamente em razão de considerável parcela da bancada evangélica.

A jurisdição constitucional exercida pelo STF atuou, portanto, a partir de procedimento interpretativo baseado em valores constitucionais presentes em dispositivos expressos, como locus especializado de deliberação e de decisão acerca de um assunto que, pelo viés nitidamente sociopolítico e pela resistência ou resquícios de sexísmos e preconceitos, certamente não encontraria regulamentação jurídica adequada em termos de legislação infraconstitucional. Pretendeu-se inovar, instituindo-se, mediante decisão judicial, não apenas a união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas, também, o casamento civil por conseqüência lógica, corrigindo-se não apenas a falha do constituinte originário, mas a omissão ou mora do legislador infraconstitucional civil no que tange à regulamentação dessa matéria, tornando o texto constitucional verdadeiramente inclusivo nesse aspecto, atribuindo-lhe efetividade no que diz respeito aos enunciados normativos do art. 3º, III e do art. 5º, *caput*, por exemplo.

23 STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 82.

24 STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 82-87.

Perpetuar a sujeição da união civil homoafetiva a uma pretensa regulamentação infraconstitucional a fim de que pudesse-lhe resguardar ou atribuir direitos próprios desse instituto, já verificados e atribuídos às uniões heterossexuais, representaria a perpetuação de uma omissão jurídico-constitucional reveladora de opressão, desconsideração e desrespeito. Admitir que o Legislativo viesse a regulamentar adequadamente essa questão seria sujeitar os parceiros homossexuais a uma decisão majoritária de inquestionável dúvida existencial diante da composição parlamentar em termos representativos. Optou-se pela adoção de postura contramajoritária, com nítido viés inclusivo e dignificante.

Decisão também emblemática e significativa, reforçando o perfil ativista (e, com embasamento argumentativo plausível, diga-se de passagem), foi a preferida em sede de julgamento do Mandado de Injunção (MI nº 712/PA cuja relatoria coube ao Ministro Eros Grau. Diferentemente do entendimento adotado em pretérita ação sobre a mesma temática (MI nº 20), adotou-se o posicionamento de repreender a mora legislativa referente à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, determinando-se que, ao contrário de apenas comunicar o Congresso de sua mora legislativa, determinasse-se que a lei geral sobre o direito de greve (Lei nº 7.783/89) incidisse amplamente para os casos análogos no serviço público até que, finalmente, o órgão legislativo cumprisse com a sua função precípua de regulamentação legislativa. Amparou-se no argumento de que estava se tratando de direito ou prerrogativa fundamental individual, consubstanciado no texto constitucional, no art. 37, VII. O interessante nesse processo estava no fato de que ação processual pretérita que versava sobre o mesmo assunto dispôs, em termos decisórios, de maneira autocontida no que se refere ao perfil do STF, ao estipular, apenas, que fosse dada ciência ao Legislativo acerca de sua mora legislativa. Transcorrido considerável lapso temporal, com o advento do MI nº 712/PA verificou-se a necessidade de se alterar o perfil comportamental em termos decisórios não contentando-se mais com a cientificação do órgão faltante, impondo-se medida decisiva que pudesse, realmente, efetivar a norma constitucional constante do art. 37, II, carecedor de produção de efeitos jurídicos concretos e amplos. O perfil institucional, portanto, renovou-se em razão da tutela adequada de posições jurídico-subjetivas fundamentais em termos constitucionais.

### 3. CONCLUSÃO

“É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.” Essa frase dita por Lord Devlin e reproduzida por Mauro Cappeletti, em sua obra “Juízes Legisladores”, serve-nos de apoio para reafirmar alguns pontos cruciais das intenções dadas à questão do ativismo judicial neste artigo.

Diferentemente do que correntemente se apregoa quando do tratamento da temática, jamais, em Estados de Direito, defender-se-á quaisquer manifestações totalitaristas, por se mostrarem, obviamente, contrárias aos ideais do desenvolvimento do Estado, pós contexto oitocentista. O que se pretende, mediante a realização de posturas ativistas, não é fragilizar ou comprometer o esquema organizatório-funcional do Estado, mas, antes, garantir-lhe legitimidade mediante a boa e coerente atuação das funções estatais, a partir da busca por utilidade nas decisões vinculadas à competência precípua de cada um de seus órgãos. Há que se ter condições de aperfeiçoar continuamente as funções precípua de cada órgão estatal para que se possa ter verdadeiramente um cenário racional do próprio Estado.

À necessidade de defender a autonomia dos órgãos responsáveis pela realização do poder estatal em âmbito interno de maneira que desmandos ou ingerências abusivas sejam verificadas, soma-se, atualmente, a necessidade de aperfeiçoamento constante das maneiras de exercício de suas competências próprias, vinculadas, cada qual, à noção de aperfeiçoamento do próprio poder de conformação social do Estado.

A garantia de uma organização estrutural racional do poder estatal, refletida no desempenho adequado e coerente das especialidades funcionais (competências) dos órgãos estatais para atender as múltiplas tarefas do Estado (e, para suprir a crise de representatividade política), garantindo-se ordenação social desejada, pressupõe não somente a não intervenção excessiva dos poderes constituídos entre si, mas o aumento da capacidade produtivo-funcional, buscada na possibilidade de atribuição de maior liberdade de atuação, mas baseada, obviamente, em critérios objetivos de comportamento decisório, a exemplo da motivação argumentativa, da noção de *responsiveness* e *accountability* em termos decisórios.

Se a Constituição deve criar mecanismos ou condições adequadas à obtenção da autorracionalidade e autoaperfeiçoamento da própria sociedade, segundo observado prudentemente por Gomes Canotilho<sup>25</sup>, não se mostra impertinente a defesa do ativismo como manifestação desse ideal constitucional por meio de comportamentos corretivos aos demais poderes constituídos, realizáveis a partir de processos interpretativos de base jurídico-argumentativa.

A partir disso, pode ser dito que o Poder Judiciário, hoje, passa a ser, também, um lócus adequado de decisão por deliberação, destituindo-se da exclusiva atividade mecânica de enquadramento lógico dos textos normativos às situações sociais controvertidas.

A ele deve ser garantido espaço de atuação e estruturação em que as suas decisões, a partir de métodos e princípios de interpretação constitucional, sejam autor responsavelmente deliberadas para que possa cumprir adequadamente com a realização de sua função precípua, que no caso específico, não é mais, apenas, resolver litígios, mas, verdadeiramente, posicionar a parcela do poder estatal manifestado por si de maneira a realizar a justiça constitucional, ou seja, obter decisões que reflitam o ideal valorativo que identifica o correspondente texto constitucional, garantindo-lhe efetividade real. A utilidade decisória que se espera encontrar em cada órgão funcional estatal, principalmente relativa ao aprimoramento da normatividade constitucional, depende dessa compreensão operativa, de maneira que comportamentos de autocontenção podem não concretizar a contento essa vocação de realização valorativo do texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARNETT, Randy E. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, p. 495-496.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Injunção n.20/DF*. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 22-11-1996 p. 45690. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733>>. Acesso em: 27 out. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Injunção nº 712*. Relator: Min. Eros Grau. Publicado no DJ de 25 -10-2007. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/282\\_MI712\\_-\\_Eros\\_Grau.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/282_MI712_-_Eros_Grau.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2014.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

25 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 1448.

- GALVÃO, Ciro di Benatti. *O dever jurídico de motivação administrativa*: parâmetro objetivo para a racionalidade decisória dos atos administrativos restritivos de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, maio/ago. 2009.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, v. 92, issue 5, p. 1441-1478, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>. Acesso em: 06 out. 2014.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2011.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*. Lisboa: Lex, 1997.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.
- PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo ara o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989.
- SANTAROSA, Humberto. Jurisdição Criativa e a motivação das decisões judiciais como seu aspecto legitimador. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madri: INAP, 2003.
- STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 257-301, 2003.
- STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.
- YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Hermenêutica filosófica e  
atividade judicial pragmática:  
aproximações**

**Philosophical hermeneutics  
and pragmatic judicial activity:  
approaches**

Humberto Fernandes de Moura

# Hermenêutica filosófica e atividade judicial pragmática: aproximações\*

## Philosophical hermeneutics and pragmatic judicial activity: approaches

Humberto Fernandes de Moura\*

### RESUMO

O campo de estudo do presente trabalho diz respeito à hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e a sua aproximação com a atividade judicial pragmática, estabelecida por Richard Posner. Tal ideia surgiu do contato inicial com o pragmatismo de Posner, especialmente em decorrência da leitura da obra “A Problemática da Teoria Moral e Jurídica” e as interfaces construídas durante o período letivo fruto do contato com a obra “Verdade e Método”, de Gadamer. O objetivo é valer do método comparativo entre as obras, o que fez com que outros trabalhos não fossem indicados. A conclusão foi a grande compatibilidade e complementariedade entre os autores, pois a postura interdisciplinar sugerida por Posner auxilia a construção da melhor compreensão por parte do intérprete, conceito central na obra de Gadamer.

**Palavras-chave:** Hermenêutica. Hans-Georg Gadamer. Pragmatismo. Richard Posner. Comparação.

### ABSTRACT

The field of study concerns the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and his approach of pragmatic judicial activity established by Richard Posner. This idea came from the initial contact with Posner's pragmatism, especially as a result of reading the book *Moral and Legal Issues in Theory* and interfaces built during the semester result of contact with the *Truth and Method* Gadamer's work. The idea is to make a comparison between the works, which meant that other jobs were not indicated. The conclusion was the great sense of compatibility and complementarity between the authors, because the interdisciplinary approach suggested by Posner assists in constructing better understanding on the part of the interpreter, a central idea in Gadamer's work.

**Keywords:** Hermeneutics. Hans-Georg Gadamer. Pragmatism. Richard Posner. Comparison.

\* Recebido em 21/07/2014  
Aprovado em 21/09/2014

\*\* Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: humbertofernandesdemoura@hotmail.com



## 1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, serão abordados alguns conceitos centrais do pensamento de Hans-Georg Gadamer<sup>1</sup> com a intenção de se verificar a possibilidade de diálogo com a proposta de atividade judicial pragmática estabelecida por Richard Posner.

Posner tem como pressuposto uma atitude cética diante de valores morais que muitas vezes orientam a atividade hermenêutica. Por outro lado, deve-se a Gadamer o aprofundamento desta última. O desafio do presente artigo é verificar a possibilidade de conciliação de tais propostas, sendo que durante a leitura se deparou com a inquietante pergunta feita por Posner, qual seja se a aplicação do Direito (que envolve a atividade hermenêutica) deveria buscar inspirações na Filosofia Moral ou no Pragmatismo? Para construir uma proposta de resposta, foi essencial a contribuição das aulas de Hermenêutica Constitucional com o professor Inocêncio Mártires Coelho, pois este foi enfático ao concluir que atualmente a Hermenêutica é a nova teoria do conhecimento do Direito.

A hipótese do artigo é verificar se é possível uma aproximação das ideias dos dois autores, pois enquanto o primeiro estudou em profundidade a Hermenêutica, o segundo sugere uma atividade judicial pragmática, com algumas ideias a respeito atividade hermenêutica.

A proposta surgiu da intuição de que a atividade judicial pragmática, sugerida por Posner, encontra uma explicação aprofundada na obra de Gadamer e, a despeito dos autores pertencerem a tradições jurídicas diferentes, notou-se que certas conclusões de Posner podem ser entendidas como uma concretização de algumas das propostas de Gadamer<sup>2</sup>. Constatou-se ainda que ambos são críticos do Dogmatismo, das generalizações acrílicas e da existência de ideias morais universais. Além disso, a proposta de análise interdisciplinar do Direito feita por Posner parece aproximar-se do método compreensivo de Gadamer<sup>3</sup>. Deve-se agora aprofundar-se na verificação de fidedignidade de tal “intuição”.

O texto iniciará com uma breve contextualização dos conceitos utilizados por Gadamer, com o posterior objetivo de verificar sua compatibilidade com as sugestões de Posner. Serão recordados os conceitos de compreensão, pré-compreensão, preconceito, tradição, o problema da linguagem e da interpretação.

Ao final, serão expostas as colaborações na identificação de aproximações e interfaces entre atividade judicial pragmática sugerida por Richard Posner e a Hermenêutica de Gadamer.

## 2. O PENSAMENTO CENTRAL DE GADAMER

Em seu livro *Verdade e Método*, Gadamer discute a metodologia das ciências do espírito e a busca pela verdade, sob a inspiração da ciência hermenêutica. O conceito central da obra é a compreensão e o texto se desenvolve em três momentos: (a) o primeiro dedicado a experiência da arte, que serviria de paradigma para a hermenêutica; (b) o desenvolvimento de uma teoria da hermenêutica absoluta, com base nos estudos de Schleiermacher, o Historicismo Diltheyano e a Fenomenologia de Husserl e Heidegger<sup>4</sup> (c) por fim, o desenvolvimento do fenômeno da linguagem como a experiência humana de mundo, solo propício para a hermenêutica<sup>5</sup>.

1 Um dos maiores expoentes da hermenêutica filosófica, sendo que sua obra de maior impacto foi *Verdade e Método* (Wahrheit und Methode), de 1960.

2 Fala-se especificamente de dois livros: *Verdade e Método* de Gadamer e *Problemática da Teoria Moral e Jurídica* de Posner.

3 Ambos também foram acusados de não desenvolverem um método confiável.

4 Heidegger desenvolveu a estrutura prévia da compreensão, mas Gadamer liberou a ciência da objetividade com foco na historicidade. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 355.

5 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

## 2.1. Tarefa da hermenêutica

Segundo Gadamer, a tarefa da Hermenêutica não é desenvolver um procedimento de compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais esta surge. Com isso, a ideia basilar para compreensão de sua obra é a de que a Hermenêutica e a Metodologia constituem âmbitos de problemas diferentes. Aliás, esse foi o constante ponto de discussão existente entre Gadamer e Emílio Betti a respeito da (im)prescindibilidade de métodos interpretativos. Enquanto Betti buscava oferecer uma teoria geral a respeito do modo pelo qual as objetivações da experiência humana poderiam ser interpretadas, estabelecendo regras que permitiriam e garantiriam tal esforço, Gadamer enfatizou que esta não era a sua preocupação, pois esteve sempre focado na pessoa do intérprete e de que como ele chega à compreensão necessária à hermenêutica<sup>6</sup>.

Gadamer registra que a história da hermenêutica ensina que junto à hermenêutica filológica existiriam também uma teológica e outra jurídica, e que somente as três juntas comportariam o conceito pleno de hermenêutica, pois compreender e interpretar textos não seriam expedientes reservados apenas à ciência, mas sim ao todo da experiência do homem no mundo.

O processo hermenêutico é formado em três momentos: a compreensão, a interpretação e a aplicação<sup>7</sup>. Assim, toda leitura de textos tem por objetivo sua aplicação, seja a um caso concreto seja a um exemplo abstrato e a interpretação nada mais seria do que a forma explícita da compreensão. Aquele que lê um texto se encontra, também, dentro do sentido que percebe<sup>8</sup>. Reconhece, contudo, que nem o jurista nem o teólogo veem na tarefa da aplicação uma liberdade face ao texto, ficando claro em todo o seu texto de que a tarefa da hermenêutica é propiciar a compreensão dos textos.

## 2.2. A respeito da compreensão

Na atividade hermenêutica, deve-se reconhecer que existem determinantes prévios de toda vivência, sendo que a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão. Segundo Gadamer, muito antes do que nós compreendamos a nós mesmos, já estamos nos compreendendo de uma maneira autoevidente na Família, na Sociedade e no Estado em que vivemos. Um ponto chave para entender a atividade hermenêutica é reconhecer a existência de determinantes prévios e também que a lente da subjetividade é um espelho deformante<sup>9</sup>, uma vez que a paisagem se mostra de acordo com nossa retina e nosso coração.

Quem quer compreender um texto tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si, devendo-se mostrar receptivo, desde o princípio, para a alteridade do texto. Isso, todavia, não pressupõe nem neutralidade com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento<sup>10</sup>.

Segundo Gadamer, compreender é um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular<sup>11</sup>. Afirmar que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma, mas o conteúdo normativo da

6 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 18. Gadamer pretende demonstrar aquilo que é comum a todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um objeto dado, mas pertence a história efetual, e isto significa que pertence ao ser daquilo que é compreendido

7 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 460.

8 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 503

9 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 440.

10 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 405.

11 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 447.

lei deve ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la<sup>12</sup>, ou seja, compreender a ordem que emana da lei significa aplicá-la à situação concreta a que se refere<sup>13</sup>.

Assim, a compreensão é um processo infinito em que (a) vão se eliminando sempre novas fontes de erro, (b) filtrando-se todas as distorções do verdadeiro sentido, bem como (c) identificando novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas.

A compreensão é algo que deve ser entendido dentro de um contexto, de uma tradição. Trata-se de um processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos<sup>14</sup> Compreender o contexto em que tomada determinada decisão não significa, contudo, estar-se preso àquela realidade, pois o sentido do texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre.

A compreensão não pode ser entendida como um comportamento exclusivamente reprodutivo, tão ao gosto do que professam a mera subsunção, pois ela é sempre produtiva<sup>15</sup>. Quando se logra compreender, compreende-se de modo diferente. Daí é inevitável falar-se em criação judicial do Direito.

### 2.3 A respeito do papel do intérprete

O estudo de Gadamer tratou de mostrar a inevitável presença do sujeito em todo o processo intelectual de linguagem e nos processos de aplicação do Direito e sua elaboração dogmática<sup>16</sup>. Nesse caso, uma dúvida surge: a adoção do elemento subjetivo leva ao subjetivismo/relativismo da hermenêutica tendo em vista que a realidade se oferece em perspectivas individuais?

Diferentemente do que se pode crer, a hermenêutica não confere superpoderes ao intérprete. Busca, ao seu turno, conservar e ampliar a intersubjetividade, na busca do consenso, plausibilidade e idoneidade<sup>17</sup>. Dessa forma, a postura hermenêutica mais correta é a total abertura para o outro e o reconhecimento de que se deve estar disposto a deixar valer na pessoa algo contra a própria pessoa<sup>18</sup>.

O intérprete, segundo Gadamer, não vai aos textos normativos em busca de uma solução ao modo de um matemático. Ao invés disso, busca uma base autorizada para justificar a decisão já adotada para que ela seja considerada uma derivação racional do ordenamento vigente. Ou seja, o intérprete não busca a solução da lei e sim sua justificativa, com total liberdade para eleição do método hermenêutico. Por essa razão o perfil e o contexto em que vive o autor são essenciais. Por isso, Gadamer desenvolve os conceitos de tradição experiência e preconceito.

### 2.4. A respeito da tradição

À margem dos fundamentos da razão, a tradição contribui amplamente para as instituições e comportamentos. A tradição condiciona a compreensão, pois sua influência decorre de uma adoção livre (não foi criada por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta). Tal condicionamento, contudo, não significa um dogma absoluto, pois o sujeito pode modificá-la, recriando ou enriquecendo-a, lembrando ainda que a conservação constitua uma conduta tão livre como a destruição e a inovação<sup>19</sup>.

12 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 485.

13 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 549.

14 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 457.

15 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.p.444.

16 BERMUDEZ, Pedro Serna. *De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica*. Granada. Editorial Comares. 2005 p. 213.

17 BERMUDEZ, Pedro Serna. *De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica*. Granada. Editorial Comares. 2005 p. 213.

18 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 532.

19 BERMUDEZ, Pedro Serna. *De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica*. Granada. Editorial Comares. 2005. p. 235

A Hermenêutica está no entremeio entre a estranheza e familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, ou seja, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. Por outro lado, a tradição é algo vivo que se desenvolve, cresce e se enriquece e às vezes também acaba morrendo<sup>20</sup>, ou seja, a tradição deve ligar o indivíduo, mas não rigidamente, sendo digno de registro que os preconceitos não percebidos podem tornar surdos para a coisa de que nos fala a tradição.

## 2.5. A respeito do preconceito

Outro pressuposto do método compreensivo de Gadamer é entender que o intérprete está imerso em tradições que, por sua vez, estão submetidas a preconceitos que podem limitar a própria liberdade, pois toda existência humana, mesmo a mais livre, está limitada e condicionada de muitas maneiras. Por isso, a ideia de uma razão absoluta não é uma possibilidade histórica. Esta somente existe como real e histórica, ou seja, a razão é dona de si mesma e está sempre referida ao dado no qual se exerce<sup>21</sup>.

A tradição e a experiência limitam e enriquecem a compreensão e esta, todavia, pode revelar certos preconceitos. Somente com o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda a compreensão que se leva o problema hermenêutico a sua real agudeza<sup>22</sup>.

Segundo Popper, podemos descobrir o fato de que tínhamos um preconceito apenas depois que nos livramos dele<sup>23</sup>, sendo que a principal dificuldade a respeito dos preconceitos é que não há um meio tão direto de nos livramos dele.

Assim, deve-se ainda levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. Com isso, apresentam-se os seguintes questionamentos: em que pode basear-se a legitimidade dos preconceitos? Em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inumeráveis preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de toda a razão crítica?<sup>24</sup>

Existem alguns preconceitos notórios citados por Gadamer como os preconceitos de autoridade e por precipitação. Assevera que se deve combater a falsa e prévia aceitação do antigo, das autoridades, ou seja, nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender o sentido razoável do texto contra toda imposição.

Quanto à autoridade, esta é um atributo de pessoas, mas a autoridade das pessoas não deve ter por fundamento último nem no ato de submissão e nem de abdicação da razão, mas num ato de reconhecimento e de conhecimento. Ao se fazer valer a autoridade reconhece-se que o outro está acima de nós em juízo e perspectiva e que, por consequência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo, atribuindo-se aos outros uma perspectiva mais acertada. Autoridade não tem relação com obediência, mas sim com conhecimento, sendo que a autoridade não precisa comportar-se autoritariamente<sup>25</sup>.

20 BERMUDEZ, Pedro Serna. De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica. Granada. Editorial Comares. 2005 p. 235.

21 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 415.

22 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 406.

23 POPPER, Karl apud COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica Filosófica a Hermenêutica Jurídica. São Paulo. Saraiva. 2010. p. 160.

24 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 416.

25 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 421. Exemplifica Gadamer que os belos discursos não levam esse nome somente porque o que se diz neles está belamente dito, mas também porque é belo o que neles se diz.

## 2.6. A respeito da dialética

Estabelecida a compreensão como objeto final da hermenêutica, bem como a tradição e o preconceito como limitadores e enriquecedores daquela, resta ainda a definição do melhor método para proceder a compreensão. O pressuposto básico é que o método deve conduzir a uma verdadeira conversação.

Gadamer, então, propõe que a dialética de pergunta e resposta se apresenta como o melhor método, pois permite que a relação da compreensão se manifeste como uma relação recíproca, semelhante à de uma conversação. Com isso, o leitor compreende, a partir de si mesmo e de suas experiências; ou seja, o texto fala a partir do leitor sem que isso implique uma intervenção arbitrária, nascida de origem própria, pois está referida, enquanto pergunta, à resposta latente no texto<sup>26</sup>.

Veja que a adoção da dialética não significa a busca pela vitória a qualquer custo pela argumentação, dado que a ênfase deve estar na força do argumento<sup>27</sup>. O acordo na conversação não é uma mera representação e imposição do próprio ponto de vista, mas uma transformação rumo ao comum<sup>28</sup>.

A dificuldade está na ausência de método que ensine a perguntar, algo que só se adquire com a experiência, pois é essencial a toda pergunta que tenha um sentido de orientação, ou seja, ela deve ser colocada sob determinada perspectiva, pois uma pergunta sem horizonte acaba no vazio. Afinal, a pergunta deve pressupor abertura, mas também limitação, sendo que a essência do saber não consiste somente em julgar corretamente, mas em excluir o incorreto ao mesmo tempo e pela mesma razão<sup>29</sup>.

Assim, só se chega a saber a coisa mesma quando se resolvem as instâncias contrárias e quando a vista perpassa os contra-argumentos na sua incorreção. Compreender uma pergunta quer dizer perguntá-la. Compreender uma opinião quer dizer compreendê-la enquanto uma resposta a uma pergunta. Gadamer citando Collingwood entende que somente se pode compreender um texto quando se compreendeu a pergunta para a qual ele é resposta<sup>30</sup>. Entender o texto é entender-se a si mesmo. A vida do espírito consiste, antes, em reconhecer-se a si mesmo no ser do outro<sup>31</sup>, sendo que ganha importância a experiência do intérprete.

Aliás, segundo Gadamer, o homem mais experimentado, é sempre o mais radicalmente não dogmático, que, precisamente por ter feito tantas experiências e delas apreendido, está capacitado a fazer novas experiências e delas apreender, pois a experiência pressupõe que se desapontem algumas expectativas<sup>32</sup>. Ou seja, é experimentado aquele que é consciente da finitude humana, aquele que sabe que não é senhor do seu tempo nem do futuro<sup>33</sup> e que reconhece os limites de toda previsão e a insegurança de todo plano. Toda expectativa e planificação são finitas e limitadas.

Feito o registro de algumas das principais ideias de Gadamer, é chegado o momento de registrar a síntese do pensamento de Richard Posner no livro a problemática da teoria moral e jurídica, com vistas a realizar uma análise comparativa ao final.

26 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 541

27 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 541.

28 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 556.

29 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 537.

30 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 545.

31 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 512.

32 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 425.

33 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 527.

### 3. O PENSAMENTO DE RICHARD A. POSNER

Richard A. Posner é Juiz americano do Tribunal de Recursos dos EUA para a Sétima Região e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Seu pensamento é muito atrelado à Análise Econômica do Direito, especialmente por conta do seu livro *Economic Analysis of Law*, mas deve-se registrar que o seu pensamento se modificou com o decorrer do tempo<sup>34</sup>. A importância outrora concedida à análise econômica do direito e da sua tese da maximização da riqueza como conceito normativo e positivo cedeu espaço ao pragmatismo jurídico mais recentemente defendido<sup>35</sup>. Uma importante mudança de abordagem foi concluir que a atividade pragmática não poderia se resumir a abordagem econômica<sup>36</sup>.

Para o presente artigo, será utilizado um dos trabalhos mais recentes do autor: *Problemática da Teoria Moral e Jurídica*<sup>37</sup>, especialmente porque sugere como deve ser a atividade judicial pragmática.

Assim, como a atividade primordial do juiz é a aplicação de textos normativos, surgiu o desafio de aferir se há compatibilidade entre a proposta de Posner e a explicação de Gadamer a respeito da Hermenêutica. Fala-se em desafio porque o principal foco da obra de Posner é a avaliação da proposta da Filosofia Moral, todavia, assim como Gadamer, ele se preocupa com a hermenêutica.

#### 3.1. Do ceticismo moral

Posner reconhece-se como um ceticista moral pragmático<sup>38</sup> e um crítico aos moralistas que buscam justificá-las com argumentos racionais. Entende que as perguntas morais controversas não têm respostas convincentes na Filosofia Moral e busca um outro caminho ao conferir ênfase à Sociologia, especialmente na sugestão do profissionalismo, dialogando neste ponto com Weber.

Rejeita qualquer pretensão a leis morais universais, pois uma teoria moral não seria capaz de conferir nenhum fundamento útil e nem mesmo seria capaz de tornar as pessoas moralmente melhores, com exceção daquele que estão predispostos a ouvi-las. Entende, ainda, que a Moral é um fenômeno local e que não existem universais intemporais, por isso, defende um conceito adaptacionista de moral. Não rejeita, contudo, alguns conceitos morais, como a culpa e o ódio, todavia os objetos que levam a tais sentimentos não seriam universais<sup>39</sup>. É expresso ao priorizar a diversidade, pois defender o contrário seria contrariar o método dialético típico das ciências sociais.

Adverte que o moralista dependeria do convencimento, de falar a um público capaz e disposto de absorver as sugestões daquela teoria<sup>40</sup>. Defende que a falta de um método aceito de ponderação entre argumentos morais faz com que quaisquer argumentos opostos sejam capazes de criar impasse, pois a coerência comportamental é mais fraca do que a coerência lógica<sup>41</sup>. Reconhece que a Filosofia enriquece, mas não seria

34 A visão original exposta no livro *Economic Analysis of Law*, ainda não traduzida para o Português, foi sendo refinada e modificada nas suas obras posteriores como: *A economia da justiça* (1981), *Para além do Direito* (1995), *Fronteiras da Teoria do Direito* (2001), *Direito, Pragmatismo e democracia* (2003) e *Problemas de filosofia do direito* (2007). Os nomes dos livros estão em Português, mas a data corresponde a versão americana traduzida.

35 Basta ver, por exemplo, os temas tratados dos trabalhos mais recentes de Posner, como *Para além do Direito* ou *Direito, Pragmatismo e Democracia*.

36 POSNER, Richard A. *Para além do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 427.

37 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

38 Que não implica o dever de tolerar culturas cuja visão é diferente na nossa, nem admite o vale tudo. O que defende é a ausência de valores universais.

39 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 08.

40 Ou seja, seria essencial a retórica, justamente aquela que se notabilizou pela ausência de interesses absolutos a defender.

41 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 63-80.

capaz de previsão ou mesmo de edificação de uma decisão em torno de questão controversa<sup>42</sup>.

A respeito do Direito, Posner argumenta que não se pode fazê-lo sem o auxílio de outras disciplinas, pois reconhece que os juízes não sabem quanto é limitado seu conhecimento da realidade. Não afirma, contudo, que as teorias econômicas e biológicas sejam bem-sucedidas por serem verdadeiras, mas sim porque auxiliam a compreender e, em pequena medida, controlar o ambiente físico<sup>43</sup>. Assim, entende que para o Direito é melhor adaptar-se aos elementos do conflito do que engolfá-los em uma harmonia intelectual que não existe.

Compartilha com Dworkin a conclusão de insuficiência do Positivismo, mas indica que aquele emprega uma confusão entre moral e normativo. Entende que decidir quem tem razão não necessariamente é uma decisão moral. Assevera que mais do que decidir com base em determinada teoria jusfilosófica, fora de contexto, deve-se decidir levando-se em conta o contexto social (causas, custos, consequências), ou seja, deve-se levar em conta o contexto.

Não se interessa propriamente com o Pragmatismo Filosófico (que discute a existência ou não de uma verdade absoluta), mas sim na disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências e não em conceitualismo<sup>44</sup>. Por exemplo, para Posner, é reduzida a importância da discussão se o juiz cria ou descobre o direito (embora reconheça que há uma discussão a respeito de que tradição seguir). Admite expressamente e de maneira coerente que Direito e Política se interpenetram e também que Direito e Moral têm métodos paralelos para propiciar certo tipo de cooperação. Reconhece que o Direito muitas vezes toma de empréstimo certa terminologia moral<sup>45</sup>, o que faz com que a filosofia seja importante para esclarecer certos conceitos jurídicos.

Defende que questões polêmicas devem ser resolvidas pelo processo democrático e isso não significa que o autogoverno seja bom sob aspecto moral<sup>46</sup> e surpreende ao concluir que nem os filósofos nem os juízes são capazes de ponderar custos morais<sup>47</sup>.

### 3.2. Da necessidade de conferir profissionalismo ao direito segundo a proposta pragmática

Segundo Posner, muitos teóricos constitucionais são normativistas e acreditam na reforma social pelo Judiciário, todavia, a intenção de reforma muitas vezes leva em conta apenas as interpretações de textos normativos<sup>48</sup>, sem atender à necessidade de conhecimento empírico por parte dos juízes. Reporta-se, ainda, aos critérios de vômito, indignação e do indubitável como balizadores na intervenção do Judiciário, pois caso contrário a Democracia não seria levada a sério<sup>49</sup>.

Posner adverte para o declínio do Direito como profissão, diante da mistificação que existe em relação a atividade jurídica, com seu discurso obscuro e qualificações exigentes<sup>50</sup>. O ônus de superá-la recairia no

42 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 49.

43 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 21.

44 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 358.

45 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 172.

46 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 206.

47 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 213.

48 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 229.

49 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 237.

50 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes,

profissionalismo, tendo em vista as várias formas modernas de descrever o comportamento social, seja pela Economia (importante e não vinculante como outrora), pela Psicologia e também pela Sociologia especialmente na análise dos processos de acordo, de alternativas ao direito<sup>51</sup>.

Sugere o que denomina profissionalismo científico e empírico para além da discussão acadêmico-filosófica. Alega que a Filosofia Moral é um desserviço ao profissionalismo do Direito, pois este consegue apenas tornar teoria e prática cada vez mais distantes, sendo que o prestígio existente nas faculdades não se reverbera na vida prática, uma vez que a filosofia moral somente teria sentido para quem estivesse pré-disposto a entendê-la.<sup>52</sup>

Ainda a respeito da atividade judicial, entende que, diferentemente do juiz dito positivista, o juiz pragmático procura a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras, sem desconsiderar as fontes do direito que são úteis e que não podem ser superadas.

Aliás, ao defender a postura pragmática<sup>53</sup> sugere que os juízes precisam ter uma compreensão melhor das consequências práticas de suas decisões<sup>54 55 56</sup>, reconhecendo que sua teoria constitucional é utilitária<sup>57</sup>, dado que propõe a utilização dos critérios da eficiência e da proporcionalidade, reafirmando a advertência de que a ignorância em relação às consequências deve gerar uma automoderação judicial<sup>58</sup>. A atividade pragmática do juiz, segundo Posner, deve privilegiar uma postura de cautela a despeito de um sonho irrealizável de reformular a sociedade<sup>59 60</sup>. Aliás, uma recomendação importante de Posner é a de que quanto menos pensa conhecer a realidade tanto mais estará tendente ao aprendizado.

O juiz deve levar em conta as crenças e preferências da maioria e não deve rejeitar a importância da opinião pública, sendo que considera esta melhor do que o retorno descontextualizado ao passado, pois não considera ter dever com a história, influência da experiência<sup>61</sup>.

O maior perigo, segundo Posner, é a preguiça intelectual, pois a atitude pragmática não seria uma forma de tirania judicial. Afinal, segundo a postura sugerida, quanto mais profunda a crença menos estamos dispostos a alterar, ou seja, compartilha com Gadamer de que o juiz deve está aberto.

E, justamente para aferir as aproximações possíveis entre os entendimentos dos referidos autores, abrir-se-á o tópico seguinte:

---

2012. p. 294.

51 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 338. Reconhece, contudo, alguns problemas como a capacidade da Economia normativa para tratar de custos não monetários bem como anomalias do pensamento econômico que não pensam com sensatez (p. 371)

52 Da mesma forma admira a ciência mas não considera que os cientistas são superiores. POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 108-126.

53 Entende o pragmatismo como um método, uma abordagem ou atitude e não um algoritmo moral

54 Pragmático é prático, instrumental, voltado para a frente, ativista, empírico, cético, antidogmático e experimental) e rejeita a força do passado por si só. POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 400.

55 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 186.

56 Sua proposta é estudar o funcionamento e as consequências do constitucionalismo e não o fetichismo dos direitos

57 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 270.

58 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 287.

59 Veja que Gadamer é expresso ao afirmar que toda interpretação correta deve se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 355.

60 Aqui Posner faz um registro importante ao analisar a proximidade de Dworkin com o pragmatismo. Tal proximidade estaria no respeito ao passado, pois se não há confiança de que outra pessoa tenha melhores soluções, a postura pragmática está na manutenção em respeito a segurança e à estabilidade POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 392.

61 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 397-412.



## 4. APROXIMAÇÕES ENTRE A HERMENÊUTICA DE GADAMER E A ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA SUGERIDA POR POSNER

Se algumas das palavras-chaves do pensamento de Gadamer são a pré-compreensão, compreensão, tradição, experiência, intersubjetividade e dialética, as palavras-chaves do pensamento de Posner são um certo relativismo moral, bem como a interdisciplinaridade. Assim, na inovação do presente trabalho estaria em buscar uma síntese do pensamento que pode ser apresentada da seguinte forma: a interdisciplinaridade proposta por Posner é o melhor caminho, em comparação com a Filosofia Moral, para construir a compreensão necessária à atividade judicial segundo a proposta de Gadamer.

Feito esse breve registro, cabe agora delimitar alguns pressupostos e orientações que aproximam o pensamento de Posner e de Gadamer.

### 4.1. A insuficiência da Filosofia Moral na resolução de problemas jurídicos

O trecho citado abaixo, escrito por Gadamer, poderia ter sido tranquilamente escrito por Posner:

Buscar despertar a consciência moral humana sobre seu querer-saber e poder-fazer, a fim de que aprenda a lidar com mais cuidado com as ordenações naturais e sociais do nosso mundo, seria totalmente ineficaz. A função do pregador moral, nas vestes de investigador, tem algo de absurdo. Absurda é igualmente a pretensão do filósofo que deduz, a partir de princípios, como deveria transformar-se a “ciência” para poder ser legitimada filosoficamente.<sup>62</sup>

Gadamer, da mesma forma de Posner, rejeita o papel transformador da realidade atribuído à Filosofia Moral, pois entende incompatíveis os papéis de pregador moral e de investigador. Ambos se alinham ao Pragmatismo metodológico, pois menos preocupados com verdades absolutas, e mais interessados em uma atitude aberta e flexível que deve orientar as ciências e também os estudiosos.

Anote-se que Posner confere maior importância à ciência do que a Filosofia, sendo que Gadamer rejeita qualquer dogmatismo, inclusive em prol das ciências. Interessante indicar também que Posner conclui não foram as ideias morais que tornaram o homem mais civilizado<sup>63</sup>, mas sim a Ciência, sendo que esta seria uma das formas de reduzir a lente deformadora que é a subjetividade, podendo auxiliar na melhor compreensão com vistas a auxiliar na aplicação do Direito.

Aliás, Gadamer, da mesma forma que Posner, conclui que é impossível rejeitar o ceticismo<sup>64</sup>, pois não haveria critério argumentativo para separar a Filosofia do Sofismo.

### 4.2. Os fatos (passados, presentes e futuros) como vetores da interpretação

Quando Posner enfatiza os fatos como vetores da decisão, ele se aproxima de Gadamer quando este afirma que é o objeto que escolhe o método. Aliás, é característica das Ciências do Espírito a adaptação da lei às necessidades presentes, sendo que cabe ao juiz resolver uma tarefa prática<sup>65</sup> sem ignorar os efeitos.

Ambos ainda compartilham o pressuposto de total liberdade que existe na escolha dos métodos interpretativos, pois, como assevera Gadamer, o autor pertence ao seu objeto, sendo que não há leitor que tome

62 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 15.

63 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 88.

64 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 451.

65 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 430.

o texto e simplesmente leia o que está nele<sup>66</sup>. Afinal, quem quiser compreender deve sempre projetar-se, pois a leitura já vem acompanhada de certas expectativas, devendo estas serem constantemente revisadas. Defende a provisoriedade das conclusões, algo que se aproxima das sugestões pragmáticas de Posner.

Veja que o juiz pragmático de Posner é aquele que tenta fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, sendo que esses têm o dever de assegurar coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado<sup>67</sup>.

Por isso, fica claro que a mutação constitucional é uma atitude que está em consonância com as sugestões pragmáticas, pois, como se sabe, na mutação constitucional os fatos acabam por orientar uma nova interpretação atualizadora da norma.<sup>68</sup>

### 4.3. A ampliação da pré-compreensão como requisito essencial para a hermenêutica

Gadamer afirma que a essência da experiência hermenêutica não pode ficar achatada na exclusão do aspecto subjetivo, pois este é indissociável de qualquer interpretação<sup>69</sup>. Assim, qualquer um que venha a desenvolver a atividade judicante deve aceitar que sua condição, o seu *estar no mundo*, é importante e indissociável do ato de julgar.

Ambos compartilham da conclusão de que <sup>70</sup> a Hermenêutica não é um saber técnico ou ético e que esta depende imensamente da capacidade de compreensão e da tradição em que inserido o intérprete. Aliás, quando Gadamer defende que a hermenêutica deve recorrer à tradição e a experiência aproxima-se daquilo que Posner denomina como senso comum, valores profissionais e a opinião pública bem informada, como balizadores do ato de interpretar. Assim, ambos acabam por rejeitar o aspecto negativo em torno do argumento de autoridade<sup>71</sup>.

Assim, o juiz pragmático é aquele que respeita a tradição (conceito gadameriano) em que sua atividade está inserida, todavia, deve estar sempre aberto a novas visões, ou seja, deve ter uma postura aberta a outras disciplinas que possam auxiliar na melhor compreensão dos fatos que lhe foram submetidos a julgamento. Ou seja, o incentivo ao profissionalismo do Direito e a utilização de estudo empírico sugerido por Posner contribuiriam enormemente na formação e desenvolvimento da compreensão que é essencial a hermenêutica segundo Gadamer.

Aliás, Gadamer entende que a tradição em que inserido o intérprete é algo vivo, mas que para superá-la ampliam-se as exigências de argumentação, justamente o que sugere Posner ao defender a automoderação judicial quando não estão claras as consequências da decisão. Assim, de regra as viragens jurisprudenciais oneram os tribunais com uma exigência argumentativa maior, sendo que segundo Posner quando se trata da

66 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 445.

67 POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 380.

68 [...] A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: **a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição**. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183)

69 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 469.

70 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 415.

71 POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 8.

criação de direito novo, o respaldo ou mesmo o arrefecimento da opinião pública em relação a temas polêmicos é essencial. Talvez essa sugestão pragmática auxilie na compreensão do porquê de algumas decisões inovadoras por parte da Suprema Corte aguardarem uma maior aprovação ou menor reprovação popular, como ficou claro com o reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva, uma vez que esta somente foi reconhecida após a Receita Federal e o INSS terem admitido tal direito em cada um dos seus âmbitos.

#### **4.3.1. Das propostas práticas**

Feitos esses registros, surge o desafio de construir uma sugestão prática que sintetize o esforço feito no presente trabalho, especialmente no tocante à intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas.

##### **4.3.1.1. Da utilização nas instâncias ordinárias das audiências públicas previstas na Lei 9.868/99.**

Para que o juiz venha a intervir em determinada política pública, as partes devem se esforçar em trazer para os autos causas e consequências que tenham o condão de ampliar a compreensão do julgador. Deve estar claro o que vem a ser a política ou a ausência dela, as limitações orçamentárias e as consequências concretas da não concessão da ordem. Assim, dificilmente um juiz terá condições de julgar levando em conta apenas o que uma das partes alega em sua petição, devendo recorrer sempre que possível a peritos e estudiosos do tema *sub judice*.

Ademais, para propiciar a melhor compreensão por parte do Juiz, as partes devem trazer estudos empíricos e interdisciplinares, bem como possíveis consequências da decisão judicial, evitando que as peças judiciais desenvolvam apenas e tão somente argumentos especulativos, sem preocupação empírica<sup>72</sup>. Afinal, mais do que decidir quem tem o melhor argumento, baseado em determinada teoria jusfilosófica, o juiz deve decidir levando em conta o contexto social (causas, custos e consequências), ou seja, deve levar em conta o horizonte em que prolatada a decisão judicial, justamente na linha do que sugere Gadamer.

Assim, para ampliar a compreensão do julgador para além da lógica de convencimento das partes, reputa-se essencial a admissão, também em sede de primeira e segunda instâncias, das audiências públicas e oitivas de peritos previstas na Lei 9.868/97<sup>73</sup>. Aliás, sempre que possível, o juiz deve entender aquela ação como parte de um todo e não apenas um interesse isolado, pois assim sugere o círculo hermenêutico, ou seja, sempre que possível o juiz deve buscar coletivizar a ação individual.<sup>74</sup>

##### **4.3.1.2. Da proposta de mudança do currículo das faculdades de direito**

A proposta de interdisciplinaridade para a melhor compreensão, necessária à atuação judicial nos casos cada vez mais complexos levados ao Judiciário, esbarra em uma dificuldade explicada por Gadamer, qual seja: como ter acordo na conversação se não há compartilhamento da pré-compreensão a respeito dos efeitos econômicos, psicológicos e sociológicos da decisão e a lógica das partes é a do convencimento?

Como visto, a pré-compreensão do intérprete condiciona e enriquece as suas conclusões, então, a proposta de Posner não vingará se não for capaz de formar uma tradição diferenciada no Brasil. Outro proble-

72 Renove-se aqui a crítica feita por Posner aos argumentos meramente morais que geram apenas um impasse

73 Art. 9º. [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

74 A automoderação sugerida por Posner justifica a limitação da possibilidade de concessão de medidas liminares *inaudita altera pars*, aliás, como consta de várias leis brasileiras, por exemplo, a Lei 8.437/92 Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

ma: como concretizar a sugestão de Gadamer que defende a abertura para o outro como o reconhecimento de que se deve estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim, ainda que não haja outro que faça valer sobre mim?<sup>75</sup>

Diante de tais constatações, compartilha-se da sugestão de Posner quanto à necessidade de rediscussão do formato e duração do curso de Direito. A proposta de Posner é reduzir o tempo mínimo do curso de Direito, que nos Estados Unidos é feito a título de pós-graduação, com vistas a especializar o conhecimento e, agora apoiado em Gadamer, ampliar a pré-compreensão dos profissionais em relação às áreas de conhecimento que terão maior interface.

Uma concretização do raciocínio de Posner: se a ideia do bacharel em direito é priorizar concursos, que assim seja, depois de cumprido o conteúdo mínimo. Se a ideia é a advocacia atuante, que sejam ampliados os conhecimentos em relação a aspectos necessários a atuação profissional, como administração, oratória, etc. Isso porque impor um conteúdo extenso e de grande conteúdo moral é impor um conhecimento que tem por base a assunção de valores absolutos que devem ser absorvidos por todos os profissionais do Direito, algo que Posner entende contraproducente e Gadamer entende ineficaz ao afirmarem que o pregador moral é incompatível com o investigador.

Veja que as sugestões acima, como sugere a própria postura pragmática, são provisórias e podem conviver com o ensino regular e clássico. O que não se deve admitir é o dogmatismo também em sede de formação profissional, vez que o curso de Direito que tem duração média de 05 anos pode não conferir ao estudante o instrumental necessário para sua atuação. Repensar o modelo, oferecendo opções assim, é algo urgente.

## 5. CONCLUSÃO

Estabelecidas as premissas básicas do pensamento de Gadamer e Posner, conclui-se que as ideias de ambos se complementam, muito embora pertençam a tradições jurídicas diferentes.

Ambos rejeitam o dogmatismo e os valores universais, priorizando o contexto em que devem ser proferidas as decisões judiciais, indicando em ambos os casos a força da tradição e da pré-compreensão para o ato hermenêutico. A Filosofia Moral, isoladamente, não é capaz de conferir a melhor resposta para questões sensíveis, então, ela deve se reunir a outros saberes para concretizar a postura de abertura que propõe Gadamer ao ato de interpretação.

Assim, a proposta de interdisciplinaridade de Posner fortalece o conceito de pré-compreensão de Gadamer. Explica-se: diante das questões cada vez mais complexas que são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, o isolacionismo do Direito demonstra-se uma atitude contrária a proposta hermenêutica de Gadamer, dado que tal postura rejeita toda a riqueza que pode advir da compreensão de outras formas de explicação da conduta humana, por exemplo.

## REFERÊNCIAS

BERMUDEZ, Pedro Serna. *De la Argumentacion Juridica a la Hermeneutica*. Granada. Editorial Comares. 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica a Hermenêutica Jurídica*. São Paulo. Saraiva. 2010

75 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 472.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**

The role of the precedents to the control of judicial activism in the post-positivist context

Lara Bonemer Azevedo da Rocha

Claudia Maria Barbosa

# O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista\*

## The role of the precedents to the control of judicial activism in the post-positivist context

Lara Bonemer Azevedo da Rocha\*\*

Claudia Maria Barbosa\*\*\*

### RESUMO

A Constituição de 1988 é tributária de uma tradição pós-positivista que reconhece juridicidade e exigibilidade a um amplo rol de princípio, por natureza amplos e abstratos. Além disso, a Carta ampliou o rol de direitos fundamentais sociais, cuja concretização depende de políticas públicas tradicionalmente definidas e implementadas pelos poderes executivo e legislativo. Nesse cenário o Poder Judiciário tem sido convocado a manifestar-se de forma crescente sobre questões que tradicionalmente eram resolvidas na esfera política, um movimento traduzido pela judicialização da política. Suas decisões, uma vez que são baseadas em princípios e têm, muitas vezes, como foco políticas públicas, interferem na atuação dos demais poderes. Além disso, elas implicam processo interpretativo cada vez mais amplo, favorecendo, dessa forma, o ativismo judicial. O texto analisa três posições distintas em torno do ativismo e defende a adoção de precedentes obrigatórios para controlá-lo. Argumenta-se que o ativismo enfraquece o Estado Democrático de Direito porque concentra poderes no Poder Judiciário. Além disso o ativismo contribui para a insegurança jurídica e essa insegurança tem efeitos econômicos perversos. Por fim defende sistema de precedentes que favorece a previsibilidade e uniformidade das decisões, sem comprometer a liberdade de julgar, condições desejáveis para a realização da justiça. Propõe-se, ao final, a imposição de limites para o controle da atividade criativa do magistrado, com a adoção de um sistema de precedentes judiciais.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Ativismo judicial. Limites. Precedentes.

### ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988, resulting from a post-positivist tradition, recognizes legality and enforceability to a wide array of principles, large and abstract by its nature. Moreover, the Charter expanded the list of fundamental social rights whose realization depends on public policies, traditionally defined and implemented by the executive and legislative branches.

\* Recebido em 01/10/2014  
Aprovado em 30/01/2015

\*\* Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Pesquisadora com projeto de pesquisa financiado pelo CNPQ/CAPES: "A eficiência do acesso à justiça como fator de desenvolvimento: a instabilidade das decisões judiciais". Advogada nas áreas de direito civil, processual civil e empresarial. Contato: larabarocha1989@gmail.com

\*\*\* Pós-Doutorado pela York University, Toronto, Canadá. Fez graduação, mestrado e doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, com pesquisa em sistemas jurídicos comparados realizada na Universidade de Montreal, CA. É professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, onde dirigiu o curso de graduação e os programas de mestrado e doutorado em Direito. Contato: claudia.mr.barbosa@gmail.com

In this scenario, judiciary has been increasingly summoned to manifest itself on issues that were traditionally debated in the political sphere, resulting in the judicialization of politics. Because adjudication is more and more based on constitutional principles and often focuses on public policies, it interferes in the performance of other branches of government. Furthermore, they imply an increasingly broad interpretive activity which favors the judicial activism. The text analyzes three different points of view about the activism: the first considers that activism undermines the democratic rule of law because it concentrates power in the judiciary; the second argues that activism contributes to legal uncertainty, which has perverse economic effects; the last one analyzes the freedom of judgement under the activism context and concludes that judiciary has the duty of adjudicating by making predictable and uniform decisions in order to guarantee a fair judgment. In conclusion, the paper suggests that it's important the imposition of limits to control the creative activity of the magistrate, with the adoption of a system of binding judicial precedents.

**Keywords:** Judicialization of politics. Judicial activism. Limits. Binding precedents.

## 1. INTRODUÇÃO

A judicialização da política, agigantada a promulgação da Constituição Federal, e o incremento do ativismo judicial têm ocupado lugar de destaque no campo jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, julgou matérias paradigmáticas, envolvendo questões tradicionalmente debatidas na esfera política e que vêm sendo crescentemente levadas ao Poder Judiciário.

Esse cenário conduz às mais variadas reflexões acerca do tema da judicialização da política e da politização das decisões judiciais.

Defensores do ativismo consideram que a prática se constitui em um meio de efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988. Sustentam uma participação ativa do Poder Judiciário em áreas até então resguardadas à apreciação por parte do legislativo e do executivo em campos como saúde e educação, e justificam-na sob o argumento da insuficiência na atuação desses poderes, que deve ser suprida pelo Poder Judiciário.

Para os defensores da autocontenção, o ativismo enfraquece o Estado Democrático de Direito, fundado na tripartição dos poderes e nas garantias fundamentais trazidas pela Constituição Federal de 1988. Essa corrente, partindo-se da comparação com o sistema *common law*, em cujas bases comumente se justifica o ativismo judicial no Brasil, analisa as peculiaridades em relação à atividade criativa no sistema *civil law* e a inviabilidade da forma com que tem sido levado a efeito no país.

O posicionamento dessa segunda corrente constitui o foco do presente estudo. Sendo assim, em primeiro momento, analisa-se a transição da supremacia do legislativo para o Poder Judiciário, bem como o contexto em que se fortaleceu o ativismo judicial no Brasil, revisitando a passagem do positivismo jurídico para a virada hermenêutica, e a processo de criação da norma pelo judiciário no sistema do *common law*.

Na sequência, são analisados alguns dos desdobramentos da prática ativista no Brasil, especialmente no que se refere à separação constitucional dos três poderes e as consequências quanto à previsibilidade das decisões judiciais, à segurança jurídica e ao desenvolvimento econômico do país.

Em seguida, aponta-se a necessidade de controle do ativismo judicial, por meio da imposição de limites a essa prática. Defende-se a necessidade de se instrumentalizar mecanismos relacionados à vinculação ao texto constitucional, resultando em modo de proceder mais claro, transparente e acessível a toda a sociedade.



## 2. A PASSAGEM DA SUPREMACIA DO PODER LEGISLATIVO (GOVERNO DAS LEIS) PARA A SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO (GOVERNO DOS HOMENS)

O Estado Liberal, assentado na teoria da separação de poderes, desenvolveu-se de forma não linear, privilegiando a atuação de um ou de outro poder em cada momento histórico. Formou-se sobre a hegemonia do Poder Legislativo, evoluiu no sentido de demandar maior atuação do Poder Executivo na emergência do estado de bem-estar social, para, finalmente fortalecer o Poder Judiciário, a quem se atribuiu em muitos países, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, a função de garantidor não apenas dos direitos individuais clássicos do liberalismo, mas também aqueles de segunda e terceira dimensões que ilustraram as últimas décadas do Século XX e o início deste novo Século.<sup>1</sup>

No contexto da modernidade, o ideário da Ilustração estabeleceu vinculação estreita entre cientificidade, neutralidade e racionalidade que encontrou expressão perfeita no positivismo e, no campo do Direito, no positivo jurídico.<sup>2</sup>

Para Magalhães, no séc. XX o movimento positivista representou a principal expressão da consciência da historicidade do Direito. Até então, a materialidade do direito havia sido ocultada pela visão do direito como um dever ser, esvaziado de conteúdo.<sup>3</sup> Assim, a positividade e a juridicidade, como características do direito moderno, tornaram possível a formação da moderna ciência jurídica, esvaziando-se o direito de toda contingência.

Kelsen, nesse contexto, elabora a Teoria Pura do Direito, destacando que o momento da decisão constitui o único interessante ao campo da ciência do direito. Segundo o professor austríaco, as intenções do legislador anteriores e posteriores ao momento da decisão não são pertinentes ao positivismo, no qual não existe preocupação com a justiça (enquanto valor daquilo que é justo) da decisão, porquanto qualquer decisão positiva, se formalmente válida, é possível e, como decisão jurídica, é justa.<sup>4</sup>

O ideal positivista baseou-se na suficiência da lei para a solução de conflitos e, por isso, afirmou a existência de sistema jurídico completo (todas as respostas poderiam ser dadas pela lei) e coerente (haveria uma decisão correta para cada caso levado à Justiça), cabendo ao juiz tão somente aplicar a lei. Nesse sentido, claras as observações de Montesquieu:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as sentenças da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.<sup>5</sup>

As Constituições dos Séculos XVIII, XIX e XX constituem-se na materialização do chamado constitucionalismo liberal, movimento sociopolítico típico do liberalismo que teve como marcas a defesa e proteção de um rol de direitos individuais voltados às garantias das liberdades; os limites à atuação do Estado e o controle da ação dos governantes; a arquitetura liberal de um modelo de Estado assentado na separação de poderes e no sistema de controle de freios e contrapesos. Mais recentemente, a essas características vem sido acrescido um sistema de responsabilidades, através do qual busca-se controlar os abusos do poder de Estado.

1 BARBOSA, Claudia Maria. *Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil*. 2002. 226 p. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 01.

2 ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80. p. 61.

3 MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E.; E RODRIGUEZ, José R. *Hermenêutica plural*. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 128-157. p. 129.

4 MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E.; E RODRIGUEZ, José R. *Hermenêutica plural*. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 128-157. p. 134.

5 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Crisitna Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 179.

O Constitucionalismo liberal, a partir da segunda metade do Século XX e, com mais vigor no Século XXI, vem cedendo espaço para as teorias pós-positivistas que, conforme ressaltam Rossi e Barbosa, contrastam com o positivismo ‘tradicional’, entre outros aspectos, principalmente, porque entendem haver relação intrínseca entre Direito e Moral, cuja fusão é incorporada em constituições contemporâneas.<sup>6</sup>

De fato, as relações agora tidas como necessárias (e não mais contingentes) entre Direito e Moral, fato negado pelo positivismo jurídico, materializam-se nas Constituições por meio de normas de textura mais aberta, de caráter principiológico. Conforme ressaltam Barbosa e Rossi

em função dos princípios e de seu maior padrão de abertura e abstração, a hermenêutica jurídica se renova para assumir a feição constitucional. Essa nova hermenêutica constitucional preocupa-se com raciocínios mais complexos do que a subsunção e impõe o desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica e também de uma teoria das decisões judiciais.<sup>7</sup>

Em consequência, o modelo de raciocínio subsuntivo, mais técnico, vem aos poucos cedendo espaço a operações mais complexas que extrapolam a mera aplicação da lei típica do ideário positivista, para um processo cada vez mais amplo de interpretação da norma e sua compatibilidade com princípios (normas) constitucionais.

A extensão dessa interpretação acaba por implicar uma redefinição entre o poder de interpretar a norma e o poder de criar o direito. Haveria entre esses processos de aplicação, interpretação e criação apenas uma diferença de grau ou também de natureza?

Esse momento é identificado por Magalhães como virada hermenêutica, a partir do qual o Poder Judiciário, que até então representava poder nulo em termos de interpretação e criação do direito, passa a atuar de forma ativa na criação e aplicação das leis.

Diz-se poder nulo porque, de acordo com Montesquieu, ao Poder Judiciário cabe apenas julgar, afirmando o que já foi dito pelo legislativo, sem produzir direitos novos. A função de decidir estaria, portanto, preponderantemente resumida a uma atividade puramente intelectual, cognitiva.<sup>8</sup> Essa é a função comumente atribuída ao judiciário nos países de direito continental nos quais o positivismo jurídico influenciou fortemente o processo de tomada de decisão.

O Poder Judiciário nulo, contudo, nunca foi compreendido nos países de tradição *common law* da forma como Montesquieu o concebeu. De fato, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, berços do *common law*, aquele entendimento de que ao Poder Judiciário caberia apenas a aplicação da lei em sua literalidade, sem a emissão de juízo de valor, e ainda, sem a moderação de sua força e rigor, nunca teve grande repercussão.

Embora oriundos da mesma tradição, a posição dos magistrados nos modelos inglês e norte-americano é diferente. Na Inglaterra, ante a ausência de uma constituição escrita e a força do direito costumeiro, coube aos juízes buscar a justa solução dos conflitos. Suas decisões, contudo, sempre puderam ser revistas pelo Legislativo por meio da Câmara dos Lordes, em quem reside desde tempos imemoriais a supremacia para estabelecer o que diz o direito, mas raramente o foram.<sup>9</sup>

Nos estados Unidos, anteriormente, a força da constituição escrita, aos juízes, e não ao Legislativo, destinou-se o importante papel de defender a Constituição e, agindo assim, defender as preferências do povo soberano, expressas por meio da vontade dos *founding fathers* e estabelecidas na Constituição.<sup>10</sup>

6 ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80. p. 63.

7 ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80. p. 63.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51.

9 BARBOSA, Claudia Maria. *Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil*. 2002. 226 p. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 55.

10 BARBOSA, Claudia Maria. *Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito*

Em ambos os casos, mais importante do que encontrar a solução na lei, pergunta-se sobre aquilo que é justo, no sentido daquilo que é conforme aos anseios da sociedade e constitui-se na melhor alternativa para, conforme constata Ommati, proteger o indivíduo, conter eventuais abusos por parte do estado e assegurar a ordem social.<sup>11</sup>

O contraste entre o papel do juiz e do Poder Judiciário nos sistemas *common law* e *civil law* é bem expressa por Marinoni, no seguinte sentido:

Assim, enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da Codificação, no *common law* observou-se o surgimento da ideia de criação judicial do direito. Naquela tradição, diante da estrita separação entre o legislativo e o judiciário, a vontade apenas poderia estar no Parlamento; todavia, no *common law*, em virtude do espaço de poder bem mais amplo deferido aos juizes, a vontade foi confiada ao Judiciário. [...] Note-se que isso não apenas demonstra que o *common law* confiou e apostou no judiciário, enquanto o *civil law* escravizou os juizes ao Parlamento, mas também que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas, tendo colaborado — certamente que em termos essencialmente teóricos — para a formação das concepções antagônicas de *juge bouche de la loi* (juiz boca-de-lei) e de *judge make law* (juiz legislador).<sup>12</sup>

Embora nos sistemas *common law* o juiz tenha mais liberdade para tomar decisões sem ater-se ao texto da lei, é um equívoco pensar que o processo decisório é discricionário. Isso porque, nos sistemas de tradição do *common law*, a segurança jurídica está baseada em um sistema de precedentes judiciais em que se busca, por meio de uma racionalidade própria, garantir a coerência das decisões. A limitação ao julgador, nesse caso, é imposta pela vinculação aos precedentes e em geral não lhe é permitido, pelo menos de forma imotivada, contrariar decisões anteriores a respeito de determinada questão.

No sistema *civil law*, ao contrário, o apego ao texto da lei e a desconfiança com respeito ao papel político do magistrado, de resto sustentados pelo positivismo, buscaram conter o papel do juiz criador do direito. Contudo, o contexto pós-positivista e a ausência de um sistema de controle sobre as decisões, acabou por desvirtuar o modelo, por atribuir ao juiz um papel legislativo que historicamente lhe era negado.

No Brasil não foi diferente. Em que pese a adoção do sistema *civil law* que em tese impõe uma autocontenção ao magistrado e o estrito respeito ao texto da lei, o protagonismo do Poder Judiciário ampliou-se pós-Constituição de 1988, com o enorme rol de direitos ali consagrados e a necessidade de implementá-los, e foi melhor instrumentalizado após a Emenda Constitucional n. 45, especialmente no que se refere à questões políticas (aborto, união civil, porte de armas, etc.) e implementação de políticas públicas, tradicionalmente discutidas nas esferas do legislativo e do executivo.

O protagonismo do Judiciário é favorecido pelo que se denomina judicialização da política, processo por meio do qual o Poder Judiciário passou a ocupar-se da tarefa de promover a realização dos valores positivados nos princípios constitucionais e que tem resultado em processos interpretativos cada vez mais amplos e, via de regra, uma interpretação crescentemente mais aberta da Constituição. Esse é o contexto em que se fortalece o chamado ativismo judicial.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo é termo multifacetado e, conforme adverte Koerner, implica tanto no papel apropriado do Poder Judiciário em democracias contemporâneas, quanto nos modelos de decisão judicial e no comporta-

vinculante no Brasil. 2002. 226 p. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 84.

11 OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo: o judiciário como superego. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 177-206, jul./set. 2012. p. 179.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51.

mento dos juízes, e “tem como foco o problema da autonomia de julgamento do juiz na construção do caso e a tomada de decisão”.<sup>13</sup>

Koerner analisa e critica o uso que tem sido dado ao termo ativismo no Brasil, propondo seu estudo dentro de “um quadro para a análise política do pensamento jurídico e da prática judicial, e um esboço de análise sobre a atuação do STF pós-1988”.<sup>14</sup>

No estudo que desenvolve, ao descrever a forma com que comumente se explica o desenvolvimento do ativismo, o autor relaciona diretamente o fenômeno com processos sociais, econômicos e políticos que teriam transformado a estrutura social e o Estado. Tais fenômenos vão desde as transformações da sociedade industrial, a crise do Estado de Direito liberal com uma Constituição como sistema de garantia, à passagem, pós Segunda Guerra Mundial, ao Estado Democrático de Direito com uma Constituição dirigente, e inclui até processos mais recentes, como a globalização e o neoliberalismo.<sup>15</sup>

O resultado, para esse autor, é que “a cultura jurídica teria passado de um suposto positivismo formalista à maior permeabilidade aos aspectos valorativos das situações, à maior inovação nos métodos de trabalho e à estimativa dos impactos das decisões judiciais”.<sup>16</sup> E conclui: “O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito”.<sup>17</sup>

Com base nessa conjuntura, desdobram-se três posições: uma primeira, para quem o protagonismo do Poder Judiciário constitui risco à democracia e compromete o equilíbrio e harmonia dos poderes, autorizando que juízes tomem decisões baseados em preferências pessoais e sem informações necessárias, disponíveis via de regra apenas aos poderes legislativo e executivo; uma segunda que reconhece o ativismo na prática do Supremo Tribunal Federal e o assume como decorrência da conjuntura pós-constituição de 88, advertindo para o risco que pode existir quando há perda de medida nas decisões e ausência de justificação e/ou clara fundamentação das decisões; uma terceira que afirma o protagonismo com sendo a consequência direta da necessidade de efetivar a Constituição, para quem os juízes ativistas estão legitimados a decidirem com base em princípios constitucionais, para tornar efetiva justamente a Constituição e, desta forma, assegurar os direitos nela previstos e garantir a vontade do povo, titular do poder constituinte originário.<sup>18</sup>

A primeira linha de argumento é sustentada no Brasil, entre outros, por Elival Ramos. O autor identifica o ativismo quando, no processo de tomada de decisão, verifica-se “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”.<sup>19</sup> A descrição é vaga. Contudo, defensor do chamado positivismo moderado, o autor não recusa uma certa propensão à discricionariedade encontrada nos textos constitucionais, mas refuta a ideia de que o texto de uma norma infraconstitucional possa ser afastado pela primazia de um princípio, cujo conteúdo é muito mais indeterminado.

13 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 60.

14 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 71.

15 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 71.

16 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 72.

17 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 72.

18 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015. p. 72.

19 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

O ativismo na concepção defendida por Ramos encontra-se bem ilustrado no Agravo de Instrumento n. 1109428-7, julgado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no qual restou destacado que

o significado de uma cláusula que limita o atendimento do serviço na modalidade *home care* deve ser examinado a partir de um critério necessário para assegurar-se simultaneamente a posição do consumidor [...] e a posição da fornecedora, analisada a posição da operadora especificamente a partir do princípio da justiça contratual.

O mesmo se verifica da Apelação Cível n. 1376968920118260100, julgada pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em cuja decisão se lê:

não se pode negar o direito do segurado a uma vida com dignidade, quando houve um tratamento idôneo a aliviar seu sofrimento, restituindo sua qualidade de vida e estendendo sua sobrevivência, em especial sob o argumento de que a ANS ainda não atualizou o referido rol e a seguradora não está obrigada a cobrir.

O que se observa dessas decisões é que, inobstante a expressa exclusão de cobertura contratual e a não obrigatoriedade de cobertura pela Agência Nacional de Saúde, entendeu-se que, por se tratar de uma relação de consumo e em razão da necessidade de realização do procedimento específico, deve o plano de saúde autorizar a sua execução, arcando com todas as despesas que se fizerem necessárias. O ativismo, nesses casos, decorre do fato de que há um contrato firmado entre as partes que é claro a respeito das obrigações devidas pelo plano de saúde. O contrato foi firmado ao livre arbítrio das partes que, diante do amplo leque de ofertas de planos de saúde, escolheu contratar um, em especial. Ignorando estas circunstâncias, o juiz profere uma decisão afastando a regra infraconstitucional, que é clara em seu texto, para fazer valer um princípio constitucional. Esta prática, para Elival Ramos, é que configura o desrespeito ao limite normativo da norma e, portanto, o ativismo judicial.

Destaca-se, contudo, que esta não é uma posição majoritária, pois existem correntes que entendem que o juiz, em tais casos, teria agido de forma correta. Isso porque o contrato de plano de saúde pode ser classificado como de adesão, com cláusulas leoninas e que, nestas situações, o Código de Defesa do Consumidor, mais do que a própria Constituição, prevê a proteção ao consumidor frente a este tipo de contratação. Outro argumento favorável avaliza a posição do magistrado em função do amplíssimo direito à dignidade humana constitucionalmente garantido.

A segunda linha é bem representada no país por Luís Roberto Barroso.<sup>20</sup> O constitucionalista carioca, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu estudo sobre judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, descreve três situações em que se percebe o aumento do ativismo judicial brasileiro.

A primeira delas trata de um caso em que houve

[...] aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária [...].<sup>21</sup>

Nesta situação, o Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido político, criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, não obstante aquelas já existentes na Constituição Federal.

Em seguida, traz a evidência o caso da verticalização, em que o Supremo declarou a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do congresso “[...] com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição [...]”.<sup>22</sup> Nesse caso, o Supremo declarou a inconstitucionalidade da

20 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, , jan./mar. 2009.

21 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, , jan./mar. 2009.

22 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, , jan./mar. 2009.

aplicação de novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano de sua aprovação.

Por fim, cita a categoria de ativismo “[...] mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas [...]”, como é o caso da questão que envolve a “[...] distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial [...]”.<sup>23</sup>

Nas duas primeiras situações descritas por Barroso, a atuação do Supremo Tribunal Federal deu-se no sentido de ampliar hipóteses legais ou decidir contrariamente a vontade do legislador em área de sua competência. No terceiro caso, o ativismo configura-se quando define interferem políticas públicas tocando-as em duas esferas de conveniência e oportunidade, próprias do legislativo e do executivo, ou seja, do corpo político do governo.

A terceira postura ativista é bem expressa por Miarelli e Lima, para quem o ativismo é sobretudo uma consequência da necessidade de o Poder Judiciário dar respostas mais concretas às demandas pela efetivação de direitos sociais garantidos na Constituição.<sup>24</sup> Nesse sentido, milhares de decisões sobre fornecimento de medicamentos, vagas em escolas públicas, etc., justificam tal propósito.

A respeito do fornecimento de medicamentos, verifica-se que os Tribunais dos Estados têm se posicionado no sentido de que o Estado deve atuar de forma solidária na responsabilidade de prestação dos serviços de saúde.

Tal posicionamento pode ser observado no recurso de Apelação Cível n. 10145120377877002, julgado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Julgado em 10.10.2013, com Publicação em 23.10.2013, no sentido de que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, nos termos do art. 196 da CF/88.

E prossegue afirmando que, neste caso,

Demonstrado pela impetrante a necessidade dos medicamentos pleiteados e a sua hipossuficiência financeira para arcar com o custeio destes, deve o Estado fornecê-los, independentemente de estarem elencados ou não na lista do SUS.

Na mesma linha de entendimento, observa-se a decisão proferida na Apelação Cível n. 70055479505, julgada pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Julgado em 21.05.2014, com Publicação em 29.05.2014, ao consignar que

A ausência de inclusão dos medicamentos em listas prévias, quer referente a remédios considerados excepcionais, quer relativos à rede básica, não pode obstaculizar o seu fornecimento por qualquer dos entes federados

e prossegue afirmando que “da mesma maneira, a forma de organização do SUS não pode obstaculizar o fornecimento de medicamentos”.

Também do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul extrai-se o entendimento de que

Os entes públicos são responsáveis, de forma solidária, pela concretização do direito à saúde, garantido a todo e qualquer cidadão - e, de forma especial, às crianças e aos adolescentes,

nos termos da Apelação Cível n. 70052650967, Julgada em 14.01.2013, pela 7ª Câmara Cível, com Publicação aos 19.02.2013.

23 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

24 MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

Nos três casos ilustrados, observa-se a atuação do judiciário no sentido de concretizar o direito fundamental à saúde assegurado na Constituição Federal. Embora à primeira vista sejam decisões inquestionáveis do ponto de vista da necessidade do indivíduo, as mesmas por vezes não encontram guarida na legislação infraconstitucional, sustentando-se sob o manto da abstração dos princípios constitucionais, e podem chegar a comprometer a política de saúde pública em um estado ou município, sem que haja qualquer tipo de responsabilização política do magistrado por seus atos.

O ativismo expressado nas três posições divergentes encontra no contexto da virada hermenêutica e das teorias pós-positivistas ambiente propício para desenvolver-se, pois nele a suficiência da lei, ainda que tenha funcionado na perspectiva positivista apenas como dogma, é questionada, e a normatividade das regras (infraconstitucionais e constitucionais) cedem espaço à imperatividade e justiciabilidade dos princípios, mais abertos e propensos à mediação concretizadora dos intérpretes.<sup>25</sup>

Um ponto de consenso entre essas posições pode ser encontrado no fato de que, para todas elas, a postura ativista relativiza ideal de certeza pressuposto (ainda que não empiricamente verificável) no positivismo. O caráter imprevisível que podem tomar tanto as decisões baseadas em princípios, quanto aquelas tomadas de acordo com as preferências pessoais do intérprete ou de uma instituição, quando imotivadas ou quando não balizadas em uma prática anterior ou naquilo que Dworkin chamou de comunidade de princípios, compromete a previsibilidade dos sistemas e, por via de consequência, a segurança jurídica que deveria proporcionar.<sup>26</sup>

Ocorre, contudo, que a contenção da atividade criadora não é facilmente mensurada e tampouco pode ser eliminada em todo processo decisório. Dessa forma, um caminho possível para garantir a segurança e a previsibilidade das decisões é a aplicação, no Brasil, de sistemas de controle sobre a formação, produção e os resultados das decisões com base em um sistema de precedentes.

#### 4. DESDOBRAMENTOS DA ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ

A aproximação dos sistemas *common law* e *civil law* que se tem verificado nas últimas décadas torna frequente as análises comparadas sobre um ou outro instituto, seus efeitos e as possibilidades de migração de institutos de um sistema no outro. Assim também ocorre com o papel dos magistrados e, especificamente, com a função dos precedentes.

Luiz Guilherme Marinoni destaca que a evolução do *civil law*, em especial diante do impacto causado pela constitucionalização de direitos, acabou por atribuir ao juiz papel similar àquele desempenhado ao juiz do *common law* “e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição”.<sup>27</sup>

De fato, no sistema *common law* norte-americano confere-se grande poder de interpretação aos magistrados, principalmente pelo fato de que é a Suprema Corte a guardiã da Constituição, tendo, por consectário, a legitimidade para estabelecer o significado das normas constitucionais.<sup>28</sup> Os precedentes ocupam o posto de principal fonte do direito, sendo a decisão tanto definidora da própria controvérsia — pois de acordo com a doutrina da *res judicata* as partes não podem renovar as discussões sobre questões já decididas —, como também do próprio precedente, em conformidade com a doutrina do *stare decisis*.

25 ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80. p. 63.

26 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15.

27 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

28 No *common law* inglês, por outro lado, não existe a noção de supremacia constitucional. A última palavra cabe ao poder legislativo, especialmente à Câmara dos Lordes.

Em contrapartida, no sistema *civil law*, típico do Brasil, a responsabilidade pela elaboração das leis constitui domínio do legislativo, por meio do Congresso Nacional, conforme preconiza os Artigos 44 e 48 da CF, cabendo ao Poder Judiciário sua aplicação e, no caso do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade das leis, nos termos do art. 102 e seus respectivos incisos, todos da CF. Ao executivo, incumbe, prioritariamente a fiel execução das leis, conforme expresso no Artigos 84 e incisos da CF.

Embora com papéis distintos, as fronteiras entre legislativo e Poder Judiciário, conforme acima se demonstrou, tornam-se cada vez mais fluidas, a ponto de preocupar estudiosos que percebem no ativismo do Poder Judiciário a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa.

Não se trata, conforme assenta Elival Ramos, do exercício desabrido da legiferação que, em circunstâncias bem delimitadas, é constitucionalmente admitido pela Constituição aos órgãos superiores do aparelho Poder Judiciário, conforme enuncia o art. 96, inc. II, mas sim “da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuída a outros Poderes”.<sup>29</sup>

Nesse mesmo sentido, sustenta Luiz Guilherme Marinoni que

No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de dimensioná-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes. Aliás, o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.<sup>30</sup>

Por isso, conforme adverte Elival Ramos, o ativismo judicial, da forma como tem sido admitido por vezes no Brasil, acaba por

provocar uma subversão dos limites impostos à atividade criativa da jurisprudência, afetando, inexoravelmente, as demais funções estatais e, principalmente, o poder legislativo, representando gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes.<sup>31</sup>

Em sua perspectiva, portanto, o ativismo provoca instabilidade, afeta a separação de poderes e acaba por atribuir ao magistrado um poder criador da norma que é estranho ao modelo de organização do Estado erigido sob a doutrina da separação de poderes.

Segundo desdobramento do ativismo consiste na insegurança jurídica que este gera e os efeitos econômicos dessa incerteza. Certos de que o ativismo se justifica pela necessidade de concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, os magistrados, no afã de realizar a justiça social pela via da redistribuição de recursos, acabam em determinadas circunstâncias por afastar-se da normatividade da lei para dar preferência a uma compreensão específica de um determinado princípio constitucional e, nesse ato, provocam o que Diego Arguelles, Joaquim Falcão e Luís Fernando Schuartz denominam de “incerteza quanto ao conteúdo”, geradora da imprevisibilidade da decisão judicial.<sup>32</sup>

Embora o processo de tomada de decisão seja sempre, em alguma medida, um processo interpretativo e, nesse sentido, criador de sentido, a ampla discricionariedade possibilitada pelas normas de textura aberta da Constituição e pelo ativismo, pode em determinadas circunstâncias comprometer sensivelmente a previsibilidade das decisões judiciais.

29 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117.

30 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

31 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120.

32 ARGUELLES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando. *Jurisdição, incerteza e estado de direito*. *RD4: Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 243, set./dez. 2006.



Um estudo conduzido por Armando Castellar Pinheiro e realizado pelo IDESP — Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo — no ano 2000 aponta nessa direção.<sup>33</sup>

A pesquisa buscou averiguar a opinião dos empresários sobre o desempenho do Poder Judiciário. Perguntados se “o mau funcionamento do judiciário prejudica a economia”, 50,2% dos respondentes afirmaram que “prejudica seriamente”, enquanto outros 45,9% afirmaram “prejudica um pouco”. Os resultados indicam que, para os respondentes, o mau funcionamento do sistema de justiça interfere no desempenho econômico. Metade dos entrevistados afirmou que a ineficiência do Poder Judiciário levava os bancos a aumentarem seus *spreads*, prejudicando os investimentos das empresas.<sup>34</sup>

Fabiana Silveira, ao analisar a mesma pesquisa, afirmou que isso acontece porque o banco não pode contar com o Poder Judiciário para reaver rapidamente as garantias dadas e também porque para reavê-las as instituições financeiras são obrigadas a manter todo um aparato burocrático para cobrar suas dívidas, provocando um custo administrativo adicional que é incorporado ao *spread*.<sup>35</sup> O spread é a diferença entre a taxa de juros dos empréstimos e a taxa de captação de recursos por parte dos bancos e seu aumento tem portanto o condão de aumentar o valor devido pelo credor.

Seja como for, a instabilidade das decisões judiciais gerada pelo ativismo judicial tem o condão de aumentar a insegurança no sistema econômico, prejudicando suas relações e, conseqüentemente, afetando negativamente o desenvolvimento do país em longo prazo.<sup>36</sup> Isso porque, no campo empresarial, a segurança jurídica demanda que a regras do jogo sejam claras e estáveis, já que a insegurança adiciona riscos — além daqueles inerentes a sua natureza — às relações jurídicas econômicas, pois “[...] as bases em que estas se calcam ficam mais instáveis, seus efeitos mais difíceis de prever, e seus custos e benefícios mais complicados de calcular [...]”.<sup>37</sup>

Em contrapartida, um sistema de justiça que garanta segurança jurídica, no sentido de transmitir confiança aos jurisdicionados a respeito da existência de uma norma, da forma como ela é aplicada e ainda, a garantia de que este posicionamento não será repentinamente modificado, é condição necessária, embora não suficiente, para garantir o ambiente em que se pode desenvolver de forma satisfatória e segura as relações econômicas.

Assim, quando se está diante de um cenário em que as decisões judiciais tendem a maior uniformidade, o efeito é que as informações a respeito dos atos a serem praticados pelos agentes se tornem mais claras e perceptíveis, facilitando o juízo de expectativas. A imprevisibilidade das decisões tem um valor econômico que impacta no chamado custo Brasil. Nesse sentido, se o ativismo favorece a imprevisibilidade, sua contenção poderia diminuí-lo.

Vale ressaltar, contudo, que o ativismo pode por vezes se dar sob o argumento de efetividade de um princípio constitucional em detrimento de uma regra infraconstitucional. Essa situação poderia ser justificada pela obrigação de efetividade da Constituição, dirigida a todo cidadão e toda instituição em um Estado Democrático de Direito, refutando desta forma a postura ativista. A análise dessa posição afasta-se do objetivo deste estudo e impõe também uma discussão sobre o processo de legitimação do judiciário brasileiro.

Em muitos casos, o foco da discussão do ativismo se dá na extensão e na forma com que o juiz afasta-se da atividade de aplicador da lei para a de intérprete e, finalmente, criador do direito. O controle do ativismo então deve se dar não pela contenção da atividade interpretativa, presente sempre, em maior ou menor grau, em toda atitude decisória, mas na forma com que sua decisão é justificada no sistema.

33 PINHEIRO, Armando Castellar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Fev. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4194](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 17.

34 CASTELAR, Armando. *Poder judiciário e economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009. p. 67-68.

35 SILVEIRA, Fabiana Rodrigues da. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre, Fabris, 2007. p. 45.

36 ARGUELLES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando. *Jurisdição, incerteza e estado de direito. RD4: Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 243, set./dez. 2006. p. 01.

37 PINHEIRO, Armando Castellar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Fev. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4194](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194)>. Acesso em: 17 jul. 2014. p. 192.

Se, por meio do exercício ativista, o juiz atribui nova interpretação, relativiza ou redefine o sentido de um dispositivo constitucional, por exemplo, “está o órgão Poder Judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só, adverte Ramos.<sup>38</sup>

A adoção de um sistema de precedentes parece ser o melhor caminho para compatibilizar a segurança, a previsibilidade e a justeza do processo decisório que respeita regras infraconstitucionais, mas também valoriza os princípios constitucionais e, dessa forma, a efetividade da Constituição.

Um terceiro desdobramento do ativismo diz respeito à liberdade de julgar. Defensores do ativismo expresso na liberdade de interpretação e criação do direito temem que o controle operado pelos precedentes possa conter a liberdade de julgar, um dos mais importantes fundamentos do Estado Democrático de Direito. Detratores afirmam que a liberdade de julgar e o livre convencimento não se estende à decisão sobre qual norma aplicar ou afastar, ou qual o conteúdo que se deve dar à norma.

Os precedentes são estabelecidos pelo próprio judiciário e fundam-se sobre a interpretação que deve ser dada à norma diante de um caso concreto. O precedente não determina ao juiz como determinado fato deve ser julgado, e nesse sentido resguarda o livre convencimento do magistrado. Também não impõe ao juiz qual norma deve ser aplicada ao caso concreto, apenas firma uma interpretação correta a ser dada a uma norma diante de uma situação fática específica.

O enquadramento do caso ao precedente estabelecido é obra do magistrado, que, por essa razão, mantém sua liberdade de julgar. A obrigatoriedade da vinculação ao precedente, seja da própria Corte, seja de cortes superiores, longe de implicar restrição ao livre convencimento e à liberdade de julgar, constitui condição *sine qua non* da democracia e do respeito à vontade constituinte e legislativa, cuja titularidade pertence ao povo.

O juiz, além de liberdade para julgar, tem um dever para com o Poder Judiciário e para com a sociedade, de trabalhar para assegurar a coerência do ordenamento jurídico, bem como a responsabilidade de zelar por sua respeitabilidade e credibilidade.

Além disso, não deve transformar sua decisão em algo que precisa ser contornado por meio de um recurso ao tribunal superior, violando os direitos fundamentais de acesso à justiça e efetividade da prestação jurisdicional.

O respeito aos precedentes impõe-se, assim, como medida de política judiciária capaz de estabelecer uma maior uniformidade e previsibilidade das decisões.

A formação dos precedentes, contudo, não é um processo simples, distinguindo-se da súmula tanto em seu processo de formação, quanto em sua estrutura e, principalmente função. A adoção de precedente portanto, embora desejável, não deve ser operada pela simples importação do instituto e adaptação do mesmo ao ordenamento pátrio, sob pena de deformar-se e desconstruir-se.

## 5. LIMITES E CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL

A dificuldade de previsibilidade das decisões judiciais no Brasil tem múltiplas causas, algumas das quais foram identificadas neste estudo. É certo, contudo, que o ativismo encontrou ambiente profícuo para se fortalecer no período pós-88, em que se destaca a centralidade da constituição e a normatividade de suas regras e princípios, características essenciais da judicialização.

Ativismo, contudo, não é sinônimo de judicialização, embora possa ser dela consequência. A judicialização da política, conforme relata Benedetti, traduz um

38 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141.

fenômeno de expansão judicial situado no constitucionalismo contemporâneo, referente a um novo estatuto de direito fundamentais, que redefine a ideia de democracia e induz à superação do modelo de separação de poderes.<sup>39</sup>

Nessa direção encontra, como assevera Vanice Valle, sua base de legitimação na realização da dignidade humana.<sup>40</sup> A respeito, a autora afirma que a constitucionalização do direito no período pós-segunda Guerra Mundial, seguida pela legitimação dos direitos humanos e pelas influências norte-americanas e europeias, são fatores que contribuíram para a concretização do fenômeno da judicialização, na medida em que provocaram uma maior participação do Estado na sociedade, diante da inércia dos demais Poderes.

A sociedade é complexa e está em contínuo processo de transformação, de modo que o direito e, em especial o poder legislativo, não possui reais condições de acompanhar *pari passu* as transformações da sociedade. O fato social antecede o mundo jurídico, de maneira que é natural que haja situações não reguladas que, levadas ao Poder Judiciário, impõem a ele decisões assentadas em normas de textura aberta, constitucionais ou infraconstitucionais.

Decisões que, quando cotejadas com uma norma infraconstitucional, estabelecem a prevalência de um princípio constitucional em detrimento da norma infraconstitucional não se constitui, *prima face*, em exemplo de ativismo, mas, antes, de respeito e deferência à Constituição, condição necessária do estado democrático de direito.

Ocorre que as Constituições em geral, e a brasileira em particular, têm uma profusão de princípios, alguns contraditórios entre si, diante de casos concretos. Definir a prevalência de um ou outro princípio, e interpretar a norma à luz do princípio *a* ou *b*, embora se constitua como atividade inerente ao exercício da judicatura, não autoriza os magistrados a decidir com base em preferências pessoais.

Não se trata, pois, de coibir a interpretação ou, ainda, a atividade criadora do juiz, mas de perseguir caminhos que a tornem mais legítima, a fim de se garantir a prevalência da norma editada pelo legislador, as políticas definidas pelo executivo e a constitucionalidade das decisões.

Para isso parece acertada a adoção de um sistema de precedentes judiciais assentado em bases semelhantes àquelas que o fundamentam nos sistema jurídico norte-americano, embora com características próprias que os torne efetivos no modelo brasileiro.

Não se pode, contudo, simplesmente transpor a ideia dos precedentes e da doutrina do *stare decisis* ao Brasil. Há inúmeros fatores que impõe análise rigorosa e proposta própria de um sistema de vinculação de decisões.

A centralização da federação brasileira, a inexistência de eficientes mecanismos de filtragem constitucional, a dupla posição do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional e instância recursal, o exercício do controle misto de constitucionalidade, a forma com que os Ministros decidem individualmente e o desprezo pelo debate e pela decisão institucional “da corte”, são apenas alguns entre tantos elementos que devem ser considerados para que se possa pensar em um sistema de precedentes próprio para o Brasil.

Ao mesmo tempo, a discussão é urgente, já que a constitucionalização de direitos e a abertura dos princípios constitucionais, sem os freios que emolduram o processo de tomada de decisão, tornou o magistrado brasileiro em geral, e mais especificamente os ministros do Supremo Tribunal Federal, um agente político com um poder sem precedente em Estados de Direito com sistemas democráticos consolidados.

Esse fato não passou despercebido por Marinoni, para quem o juiz do *civil law*, *in casu*, no Brasil,

39 BENEDETTI, Andréa Regina de Marais. *Judicialização da política: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do poder judiciário*. 2011. 124 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p. 124.

40 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32.

passou a exercer papel que em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*.<sup>41</sup> O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei.

Esse papel, evidentemente, nega a supremacia do legislativo.<sup>42</sup>

Na crítica ao amplo poder dos juízes, Marinoni adverte para o fato de que

não há poder que não tenha responsabilidade pelas suas decisões. Porém, é pouco plausível que alguém possa justificar a sua responsabilidade quando decide casos iguais de forma desigual,

concluindo que “tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do Poder”.<sup>43</sup>

A preocupação com a previsibilidade e certeza das decisões encontra eco também na observação de Tassinari para quem os juízes, ao tomarem suas decisões, devem se sentir “politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade”.<sup>44</sup> Baseado na ideia de Dworkin de direito como integridade, o argumento serve para delimitar e emoldurar a decisão por meio de processos interpretativos que levariam à resposta certa, mesmo nos chamado *hard cases*.

No contexto da “comunidade de princípio”, recomenda Dworkin que “o juiz tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que para ele capte os direitos morais das partes que são pertinentes às questões discutidas no caso”.<sup>45</sup> Faz, contudo, ressalva no sentido de que o

o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.<sup>46</sup>

O comprometimento com a comunidade de princípios é que impede a escolha, ato de vontade dos magistrados, e condiciona a tomada da decisão certa. Como afirma Tassinari, com este dever de cumprimento da Constituição, a discricionariedade e, em alguns casos, a arbitrariedade, seria superada.<sup>47</sup>

Essa é a situação que Humberto Ávila define como um dos pressupostos processuais de proteção judicial, como corolários da eficácia normativa da segurança de realização.<sup>48</sup>

É nesse contexto também a advertência de Elival da Silva Ramos, para quem:

É nesse ponto que se deve explicitar a existência de importante limitação à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário: as normas de desdobramento ou de expansão de princípios constitucionais, precisamente por não estarem compreendidas no respectivo campo de incidência, tal qual inicialmente proposto pelo Constituinte, devem ser formuladas pelo Poder Legislativo, o qual se sujeitará, como sói acontecer com toda regulação subalterna, ao controle judicial *a posteriori*, típico de nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade.<sup>49</sup>

Para Ramos este deve ser o principal limite para o uso da interpretação. A textualidade do dispositivo preservado deve conter espaço de interpretação que comporte a proposta normativa reputada harmônica com a Constituição.

Se a alternativa exegética pressuposta pela decisão de improcedência desfigura por completo o dispositivo

41 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

43 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64.

44 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 144.

45 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15.

46 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 15.

47 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 145.

48 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 591.

49 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186.

que se pretende salvar, impõe-se a conversão do decisório em decreto de invalidação.<sup>50</sup>

É deveras importante que exista vinculação da interpretação ao texto-base, ou seja, que toda interpretação constitucional esteja em harmonia com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma interpretada. É, nessa visão, inaceitável, que a norma concretizada não revele aderência ao texto aplicado, pois apenas os programas normativos

compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma.<sup>51</sup>

Canotilho, a esse respeito, adverte que, mesmo nas hipóteses em que os juízes se assumem como legisladores negativos, quando declaram a inconstitucionalidade de normas, ou como criadores do direito, ao elaborarem normas através da decisão, caso a caso, estão eles vinculados à constituição, à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais e à distribuição dos poderes.<sup>52</sup>

No contexto neoconstitucionalista da excessiva valorização dos princípios em detrimento da norma, a importância da vinculação ao texto-base é ainda ressaltada por Humberto Ávila, que entende a transgressão a uma norma é muito mais grave do que a transgressão de um princípio, ao contrário da larga concepção doutrinária que afirma o contrário.<sup>53</sup> Isto ocorre porque

as regras têm uma pretensão de decisibilidade que os princípios não têm: enquanto as regras têm a pretensão de oferecer uma solução provisória para um conflito de interesses já conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, os princípios apenas oferecem razões complementares para solucionar um conflito futuramente verificável.<sup>54</sup>

Não se afasta a necessidade de integração das normas. O sistema *civil law* não possui condições de contemplar todos os anseios de uma sociedade em contínua transformação. Contudo, esta integração deve ser controlada e exercida de acordo com os parâmetros previamente estipulados pelo legislativo, que detém a competência constitucional para a elaboração das leis, sob pena de que o juiz se insira no campo do ativismo judicial. Estabelecer tais parâmetros, contudo, tem sido um grande desafio para a chamada filosofia constitucional, e daí vem a grande importância da adoção de precedentes.

A vinculação ao princípio, necessária em casos em que as regras são vagas, ambíguas ou inexistentes, não deve funcionar como uma porta aberta para qualquer cenário, mas uma janela que emoldura alguns cenários possíveis dentro de um quadro definido anteriormente pelo dispositivo constitucional. Se, de um lado, é possível afastar a incidência de uma norma infraconstitucional em benefício de um princípio que com ela se contraponha, baseado na busca de efetividade de direitos fundamentais, de outro, não é possível deixar ao arbítrio do juiz a análise sobre a conveniência e oportunidade de aplicar ou não a lei.

Essa situação configura o que pode ser considerado *hiperativismo*, quando o juiz pode decidir se invoca a abertura do princípio constitucional, a clareza da norma infraconstitucional, a persuasão das súmulas, ou suas preferências pessoais, motivadas com base em qualquer uma das fontes citadas. A insegurança, nesse caso, compromete não apenas a eficiência do sistema, mas sobretudo, sua legitimidade.

50 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 214.

51 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169.

52 CANOTILHO, J. J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, n. 91, maio/ago. 2007. p. 91.

53 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 190.

54 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 190.

## 6. CONCLUSÃO

O cenário pós-positivista inaugurado no Brasil com a promulgação da Constituição de 88 e caracterizado pela centralidade da constituição e constitucionalização de direitos, o reconhecimento de um amplo rol de direitos fundamentais e a normatividade dos princípios constitucionais, vem se caracterizando pela judicialização da política, campo fértil para a prática do ativismo judicial.

No Brasil recepcionou-se a atividade criativa do direito por parte dos juízes como parte integrante da própria atividade jurisdicional. Importou-se, sem a devida contextualização, do sistema *common law*, a prerrogativa de criação judicial do direito.

Entre vários desdobramentos da prática ativista, o texto identificou três principais. O ativismo impõe redefinição do modelo de tripartição de poderes sob o qual está erigido o Estado moderno e contemporâneo, sobretudo no que diz respeito às prerrogativas do legislativo, aos limites da atuação do executivo e ao controle das decisões do Poder Judiciário.

No ativismo opera-se revisão dos ideais limites postos pelo positivismo entre os atos de aplicar a lei, interpretá-la e criar direito. Redefini-los é importante, mas muito difícil, dada a grande fluidez do texto constitucional e a amplitude dos princípios constitucionais assegurados. Por essa razão, a adoção de precedentes podem se constituir em mecanismos importante para assegurar o um só tempo a natureza sempre, em alguma medida, criadora embutida em todo processo decisório, e a segurança jurídica que se deseja e espera na prestação jurisdicional não casuística que deve caracterizar a justiça em um Estado Democrático de Direito.

Além disso, a prática ativista aumenta a imprevisibilidade das decisões, provocando um aumento dos custos no exercício da atividade empresarial, que compromete o desenvolvimento econômico nacional a longo prazo. Afeta a calculabilidade e previsibilidade pelos agentes econômicos, de suas condutas, encarecendo e às vezes impossibilitando a realização de negócios jurídicos.

Um terceiro desdobramento está associado à liberdade de julgar com base na garantia do livre convencimento e da liberdade no julgar afirma-se por vezes a prática ativista. O estudo refuta tal argumento tomando-se por base a alegação de que o Estado Democrático de Direito impõe a obrigatoriedade da vinculação ao precedente, seja da própria Corte, seja de Cortes Superiores, como condição *sine qua non* da democracia e do respeito à vontade constituinte e legislativa, cuja titularidade pertence ao povo.

Há, portanto, a necessidade de que sejam impostos limites à esta prática, atribuindo responsabilidade na proporção do ativismo. As decisões — e não escolha — judiciais devem ser fundamentadas. É necessário que haja o comprometimento do julgador com o direito posto, ou seja, um dever de cumprimento da Constituição que não deve comprometer sua efetividade, mas tampouco permite sua reconstrução, ou do sistema jurídico que ela sustenta, por meio de decisões judiciais, sob pena de subversão, enfraquecimento e esfacelamento do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ARGUELLES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando. Jurisdição, incerteza e estado de direito. *RDA: Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 243, set./dez. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F.; SCHWARTZ, G. *Direito da sociedade policontextural*. Curitiba: Appris, 2013. p. 171-193.
- BARBOSA, Claudia Maria. *Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil*. 2002. 226 p. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n.13, jan./mar. 2009.
- BENEDETTI, Andréa Regina de Marais. *Judicialização da política: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do poder judiciário*. 2011. 124 p. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 245, n. 91, maio/ago. 2007.
- CASTELAR, Armando. *Poder judiciário e economia no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edlestein de Pesquisas Sociais, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 04 mar. 2015.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E.; RODRIGUEZ, José R. *Hermenêutica plural*. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 128-157.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Crisitna Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo: o judiciário como superego. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 177-206, jul./set. 2012.
- PINHEIRO, Armando Castellar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* Fev. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4194](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4194)>. Acesso em: 17 jul. 2014.
- PINHEIRO, Armando Castellar; GIAMBIAGI, Fábio. *Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROSSI, Amélia do C. S.; BARBOSA, Claudia Maria. A cidadania emergente no constitucionalismo latino-americano. In: TAVARES NETO, José Querino; SILVA, Juvêncio Borges da. *Ações coletivas e construção da cidadania*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 61-80.
- SILVEIRA, Fabiana Rodrigues da. *A morosidade no poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lirio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A expressão “ativismo judicial”,  
como um “cliché constitucional”,  
deve ser abandonada: uma  
análise crítica**

**The expression “judicial  
activism”, as a “constitutional  
cliché”, must be abandoned: a  
critical analysis**

Thiago Aguiar Pádua

# A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica\*

## The expression “judicial activism”, as a “constitutional cliché”, must be abandoned: a critical analysis

Thiago Aguiar Pádua\*

### RESUMO

A finalidade principal deste artigo é realizar uma abordagem crítica sobre as ideias do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, acerca da utilização da expressão Ativismo Judicial. O presente artigo objetiva realizar uma breve análise sobre os problemas inerentes à discussão acadêmica da expressão Ativismo Judicial, desde o nascimento da expressão em 1947 na Revista Fortune com o famoso artigo de Arthur Schlesinger Jr., até a importação acrítica da expressão por parte da doutrina brasileira, observando-se que a expressão se tornou um “cliché constitucional”. Analisa-se a utilização da expressão Ativismo Judicial por parte do Ministro Luís Roberto Barroso, especialmente em sua sabatina perante o Senado Federal brasileiro, a partir de uma análise de fontes primárias de pesquisa (notas taquigráficas, artigos, entrevistas) descobrindo-se que houve uma banalização da expressão Ativismo Judicial.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Cliché Constitucional. Crítica ao Ministro Luís Roberto Barroso.

### ABSTRACT

The main purpose of this article is to make a critical approach to the ideas of the Justice Roberto Barroso, from the Brazilian Supreme Court, about the use of the expression Judicial Activism. This paper aims to conduct a brief analysis of the problems inherent in academic discussion of the expression Judicial Activism, since its birth in 1947 in Fortune Magazine with the famous Arthur Schlesinger Jr. article. We observe the uncritical importation of the expression (Judicial Activism) by the Brazilian doctrine, and we observed that this expression became a Constitutional Cliché. We analyzed the use of the term Judicial Activism by the Justice Roberto Barroso, especially in his confirmation hearings before the Brazilian Federal Senate, analyzing primary research sources (shorthand notes, articles, interviews), discovering that there was a trivialization of the term Judicial Activism.

**Keywords:** Judicial activism. Constitutional cliché. Critical to the Justice Roberto Barroso.

\* Artigo convidado.

\*\* Mestrando em Direito pelo UniCEUB. Pesquisador-Discente do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Bolsista da CAPES. Integra os Grupos de Pesquisa: Direito & Literatura, Debatendo com o Supremo, ISO – Justiça Processual e Desigualdade. Advogado. E-mail: tsapadua@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

*“You’ve been with the professors (Você esteve com os professores)  
And they’ve all liked your looks (E todos eles gostaram da sua aparência)  
With great lawyers you have (Com os grandes advogados que você têm)  
Discussed lepers and crooks (Discutiram leprosos e pilantras)  
You’ve been through (Você já passou por)  
All of F. Scott Fitzgerald’s books (Todos os livros de Scott Fitzgerald)  
You’re very well read (Você é bem letrado)  
It’s well known (Isso é bem conhecido)  
But something is happening here (Mas está acontecendo alguma coisa aqui)  
And you don’t know what it is (E você não sabe o que é)  
Do you, Mister Jones?” (Sabe Mister Jones?)  
(Ballad Of A Thin Man - Bob Dylan – Tradução Livre)*

O presente artigo busca realizar uma abordagem sobre o ideário que considera a expressão “ativismo judicial” como uma espécie de “cliché constitucional”, buscando, para tanto, analisar o pensamento e o comportamento do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal.

Utilizam-se especialmente fontes primárias de pesquisa, como entrevistas, manifestações e artigos escritos por Luís Roberto Barroso antes de ser nomeado para o STF, realizando-se uma análise das notas taquigráficas de sua sabatina perante o Senado, em busca de compreender, nesse julgador, o significado de “ativismo judicial” e de “cliché constitucional”.

A pesquisa coletou e levantou os dados referentes ao pensamento de Luís Roberto Barroso, e visou conferir maior relevância, fundamental e primacial, quando fossem encontrados elementos referentes a sua visão acerca do tema do “ativismo judicial”, com detida atenção para o período da arguição do Ministro do Supremo Tribunal Federal perante o Senado.

O artigo se compõe, além das “Considerações Iniciais e Finais”, de um núcleo que se inicia com uma primeira análise sobre o termo “ativismo judicial”, e em uma segunda parte se incursiona na questão dos denominados “clichês constitucionais” para só então, num terceiro momento abordar esses temas confrontados com o pensamento e a ação do Ministro Luís Roberto Barroso.

A preocupação central da análise será o entendimento de Luís Roberto Barroso acerca da sua compreensão teórica do que seria “ativismo judicial”, observando-a antes e durante a sabatina perante o Senado, especialmente tendo em vista a visão desse Ministro sobre os alegados papéis do STF: a) contramajoritário e de b) representação<sup>2</sup>. Busca-se em alguma medida saber se há coerência e consistência nas afirmações do Ministro<sup>3</sup>.

1 Faz-se necessário agradecer o apoio e o suporte intelectual do PPG/UniCEUB e do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais pelo estímulo constante, especialmente nas pessoas dos professores e amigos Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes, André Pires Gontijo, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Jefferson Carús Guedes, Paulo Carmona, Luís Carlos Martins Alves Jr., Pablo Malheiros da Cunha Frota, Ana Caroline Pereira Lima, Fábio Luiz Bragança Ferreira, João Paulo Echeverria, Ana Carolina Borges Oliveira, Paulo Cerqueira Campos, Debora Denys, Duguay Trouin, Tiago Felipe, Michelle Cardoso e Clarissa Tassinari.

2 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20-21.

3 Em linhas gerais, utiliza-se aqui a distinção e a funcionalidade entre os conceitos de “consistência” e “coerência” em Neil McCormick, que considera a consistência presente quando não houver contradição, vale dizer, quando entre várias proposições, não se observe contradições entre elas. E será coerente num plano em que um conjunto de proposições faça sentido em sua totalidade. Cfr. MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 248-302.

O argumento terá em mira a possibilidade de “transformação” do termo “ativismo judicial” em um “cliché constitucional”, que lhe esvazia de sentido e serve para o proposital empobrecimento do debate que se torna mais e mais necessário. Embora se realizem sucintas críticas, todas elas são restritas ao fecundo e necessárias ao campo das ideias, e nesse sentido, busca-se de fato a continuação desse diálogo.

A decisão de realizar a presente pesquisa e a seleção desse específico partícipe institucional (Ministro Luís Roberto Barroso do STF) ocorre por esse jurista ser um grande e reconhecido acadêmico, pesquisador incansável e Julgador dos mais preparados, e até por isso suas manifestações precisam ser seriamente refletidas e criticadas, vale dizer, as ideias e o Ministro do STF, e não a pessoa.

Em uma ambiência acadêmica que fomenta e estimula a liberdade, a crítica e a reflexão, obviamente deixa patente que as críticas e reflexões também estão sujeitas às mesmas ferramentas, e é natural e saudável que assim seja.

Não se trata de uma desconfortável e rasteira “patrulha ideológica”, esse conceito fluido e ele mesmo “clicherizado”. Até porque não é possível e nem desejável que se separe uma categoria de análises críticas que não devem ser realizadas acerca de um ocupante de um dos mais importantes cargos públicos do país.

Na esteira do que Lênio Streck e Sérgio Cademartori chamam de “fator Júlia Roberts” ou de “constrangimento epistemológico como forma de *accountability*”, as críticas ao STF e a seus membros devem ser realizadas sem receio algum, e elas se referem “às reflexões justeóricas, não sendo a favor e nem contra personagens ou protagonistas”<sup>4</sup>.

O método<sup>5</sup> escolhido para tal empreitada foi o de selecionar manifestações específicas do Ministro Luís Roberto Barroso, tais como entrevistas, artigos e manifestações, inclusive sua sabatina perante o Senado Federal, que tenham pertinência com o tema “ativismo judicial”, e, a partir do material selecionado, realizar uma análise crítica e reflexiva.

## 2. UMA BREVE REFERÊNCIA AO “ATIVISMO JUDICIAL”

A atuação e conformação do Supremo Tribunal Federal, da maneira como arquitetado a partir de 1988 e suas ações contemporâneas e feições atuais, tem sido objeto de discussão há algum tempo e muito tem-se refletido sobre temas como “nova teoria da divisão dos poderes”<sup>6</sup>, jurisdição constitucional<sup>7</sup>, diálogos ins-

4 Conforme observa Lênio Streck: “No filme O Dossiê Pelicano há uma cena na qual o professor de Direito Constitucional de Harvard relata para seus alunos que no Estado da Geórgia fora aprovada uma lei alçando a sodomia à categoria de crime (pena de 1 a 20 anos) e que a *US Supreme Court*, instada a decidir acerca da inconstitucionalidade da lei em vista da violação à privacidade dos cidadãos, decidiu, por 5x4, que ‘não é inconstitucional que o estado classifique determinadas condutas — entre elas, a sodomia — como criminosas.’ (*case Bowers vs. Hardwick*, 30.06.1986). ‘Este é o precedente’, anuncia o professor no filme, passando já ao próximo assunto. Neste exato momento, uma aluna, interpretada por Julia Roberts, interpela o mestre para dizer ‘*The Supreme Court is wrong*’ (‘A Suprema Corte está errada’). Eis o ‘fator Julia Roberts’: dizer/sustentar que o Tribunal Maior (ou qualquer outro tribunal) cometeu um equívoco”. Cfr.: STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2. p. 123-131.

5 Como recorda Marc Fumaroli em defesa de Montaigne na sua “polêmica” sobre o método, este, em grego significa caminho “e que todos os caminhos, mesmo e principalmente os mais árduos, não são necessariamente traçados em linha reta, como o que Descartes se propõe para sair mais depressa da floresta [...] [a palavra e a ideia de caminho] estão ligadas ao exercício do passeio e da viagem, que põe em movimento o corpo com a mente, ainda que o itinerário seguido não seja fixado de antemão, ainda que revele um fraco pelos desvios e pelas digressões, ainda que conduza quem passeia ou viaja a tomar, enquanto caminha, vários pontos de vista muito diferentes sobre a própria diversidade da paisagem atravessada.” FUMAROLI, Marc. [Prefácio]. In: PASCAL, Blaise. *Arte de persuadir precedida de a Arte da Conferência de Montaigne*. Trad. Rosemary Abílio e Mario Laranjeira. São Paulo: M. Fontes, 2004. p. vii.

6 SOUZA JUNIOR, C. S. *O tribunal constitucional como poder- uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004; MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002/2010*. São Paulo: Saraiva, 2012.

titucionais<sup>8</sup>, ativismo<sup>9</sup>, bem como entre aqueles que enxergam no ativismo judicial, talvez, um novo nome, uma espécie de eufemismo, para “criação judicial do direito”<sup>10</sup>.

Tal discussão suscita muitos questionamentos e conformações teóricas diversas, bem como nos remete ao famoso diálogo descrito por Bertolt Brecht entre um mendigo e um imperador que demonstra basicamente que de um longo “diálogo” os “debatedores” podem estar a falar de coisas distintas<sup>11</sup>. É evidente que tal percepção pode ser atribuída muito mais, talvez, à inépcia do hermenêuta do que à intenção discursiva e, ainda, ao fato de eventualmente tismarem temas conexos, mas não em diálogos entre si.

A propósito, a densa pesquisa de Clarissa Tassinari recorda que, no âmbito brasileiro, existe alguma dificuldade de se fixar “um acordo semântico” mínimo acerca do que se entende por ativismo judicial, ora significando exagerada interferência judicial na sociedade (protagonismo judiciário), ora aquela expressão acaba sendo invocada de maneira aleatória como “critério de conveniência”<sup>12</sup>.

A mencionada pesquisadora observou a existência de um “ativismo judicial à brasileira”, terminologia que evidencia ao menos duas importantes questões. Em primeiro lugar, haveria a conjugação de duas tradições (brasileira e norte-americana). Em segundo plano, seria possível que esteja implícita a crítica à utilização destes termos sem vinculação ao “contexto de seu surgimento”, implicando ao mesmo tempo a “transposição equivocada” do conceito, e ainda, “a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano”<sup>13</sup>.

Complementa-se essa percepção com uma reflexão realizada no ano de 2001, quando o constitucionalista norte-americano Mark Tushnet fez publicar um interessante artigo intitulado “*Mr. Jones & the Supreme Court*”. Aqueles que apreciam as letras e as melodias de Bob Dylan logo compreenderam a provocação, pois remontava ao sentido da música elencada na epígrafe (*Ballad of a Thin Man*), fazendo uma sátira a um jornalista (Mr. Jones<sup>14</sup>) que falava sobre inúmeros assuntos, mas que, na verdade, não sabia absolutamente do que estava falando.

São palavras do mencionado autor:

O que está acontecendo com o Direito Constitucional? Qualquer pessoa que preste atenção à Suprema Corte sabe que alguma coisa está acontecendo, mas é difícil dizer exatamente o que alguns Ministros ouvem os ecos do mundo anteriores a 1937, quando a Suprema Corte invalidou leis estaduais e nacionais a serviço de uma visão restrita, de um governo quase libertarianista.<sup>15</sup>

8 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

9 LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010; CIT-TADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, n. 9, p. 105-113, 2004.; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, D. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

10 COELHO, Inocência Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

11 BRECHT, Bertolt. O mendigo ou o cachorro morto. In: \_\_\_\_\_. *Teatro completo*. Tradução de Fernando Peixoto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. v. 1. p. 168.

12 TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 128.

13 TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 92.

14 Uma densa narrativa sobre Bob Dylan e também sobre o episódio de “Mr. Jones” pode ser observada em sua “Cinebiografia”, denominada “Não Estou lá” (*I’m Not There*), um filme de 2007, dirigido por Todd Haynes, em que seis atores fazem distintas interpretações das variadas e diferentes fases da vida de Bob Dylan através de “técnicas não tradicionais de narrativa” (Cate Blanchett, Christian Bale, Heath Ledger, Bem Whishaw, Richard Gere e Marcus Franklin).

15 Tradução nossa do original: “What’s happening to constitutional law? Everyone who pays attention to the Supreme Court knows that something’s going on, but it’s hard to pin down exactly what. Some justices hear echoes of the world before 1937, when the Supreme Court invalidated state and national laws in the service of a vision of restricted, almost libertarian government”. Cfr.: TUSHNET, Mark. Mr. Jones & the Supreme Court. *Green Bag*, v. 4, n. 2, p. 173-178, winter 2001.

Parece que tal raciocínio tem serventia não apenas para a realidade da Suprema Corte Americana, mas também para o Supremo Tribunal Federal, excetuada a questão da data, que lá remontava a atuação jurídico-política daquela Corte no período do *New Deal*, mas é sobre tal período que refletia o autor da expressão que daria origem ao termo “*judicial activism*”, que não apenas passou a dominar as discussões teóricas brasileiras, mas também causar certa perplexidade ao se observar a prática hodierna do STF.

Paulo Gustavo Gonet Branco constatara se tratar a expressão “ativismo judicial” de um conceito fugidio, observando as origens de seu nascimento “num contexto não técnico”, nascida com marcas de superficialidade. Tal expressão estaria mesmo “vacionada à equivocidade e à trivialidade de método no seu emprego”, recebida no Brasil mesmo com vícios de origem<sup>16</sup>.

Um dos argumentos centrais desse breve artigo, menos quedado em oferecer respostas prontas e acabadas do que instigar o debate, é o de que a expressão “ativismo judicial” é constitucionalmente inadequada e precisa ser “redesenhada”, não passando de uma “metáfora”, cunhada em um dia imaginativo por um famoso e importante historiador que em 1947, fazendo um bico de jornalista para a revista *Fortune*, escreveu e cunhou a expressão que viria a se identificar como “*judicial activism*”, mas tal fato sequer mereceu destaque, ou mesmo foi mencionado no seu mais famoso registro obituário bibliográfico, que não é uma nota curta de rodapé de jornal, mas sim uma longa abordagem de 12 páginas sobre seus mais notáveis feitos<sup>17</sup>.

Isso quer dizer apenas que entre seus feitos memoráveis, dignos de registro, não se encontrava o fato de ter sido o “pai criador” (*founding father*) da expressão “ativismo judicial”, e que os profissionais do direito provavelmente dão mais atenção a expressão do que ela merece, para designar coisas tão distintas quanto coloridas, retirando desse armário uma quantidade apreciável de fantasias, até porque, como mencionado por Marshall Berman, há uma certa paródia do passado, na qual o pretérito “precisa da história porque a vê como uma espécie de guarda-roupa onde todas as fantasias estão guardadas”<sup>18</sup>.

Não se contesta a proeminência do autor da expressão, mas sim a sua serventia para o direito atual. Observa-se que Arthur Schlesinger Jr., nascido em 1917 e falecido em 2007, foi um reconhecido historiador, memorialista, ensaísta, ativista político e conselheiro presidencial de John Kennedy<sup>19</sup>.

Além de se tornar professor de história em Harvard, Arthur Schlesinger Jr., em demonstração de ativismo político, ajudou a criar o “*Americans for Democratic Action*” (ADA) em 1947. Tal agremiação se posicionava à esquerda do Partido Democrata, e a organização era devotadamente Anticomunista e frequentemente travava disputas contra uma outra instituição, o “*Progressive Citizens of America*” (PCA)<sup>20</sup>.

Sobre o grupo de Arthur Schlesinger Jr., “*Americans for Democratic Action*” (ADA), alega-se que “tentou estimular uma visão que alguns chamariam hoje de ‘Guerra Fria do Liberalismo’ influenciada pelo Plano Marshall (auxílio econômico) sobre a Doutrina Truman (intervenção militar)”<sup>21</sup>.

Importantes obras brasileiras sobre ativismo judicial reconhecem a origem do termo em Arthur Sch-

16 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLETT, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 389.

17 MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: biographical memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*, v. 153, n. 1, 2009.

18 BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria Loriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 22.

19 MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: biographical memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*, v. 153, n. 1, 2009.

20 MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: Biographical Memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*. v. 153, n° 1, 2009, p. 119.

21 MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: Biographical Memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*. v. 153, n° 1, 2009, p. 119.

lesinger Jr<sup>22</sup>, embora uma das mais densas e importantes delas sequer faça referência ao autor americano. Mencione-se, *ad exemplum*, a tese submetida por Elival da Silva Ramos<sup>23</sup> na Universidade de São Paulo para a disputa do cargo de professor titular de Direito Constitucional, tendo concorrido e vencido o certame no qual disputou com Marcelo Neves, que, por sua vez, apresentou a tese sobre o “Transconstitucionalismo”.

Elival da Silva Ramos aponta como importante a visão de Direito Comparado sobre o “ativismo judicial”: “porquanto, se a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário”<sup>24</sup>. O referido autor retoma o raciocínio da seguinte maneira:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício de função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido<sup>25</sup>.

Reconhece-se que não há, de antemão um sentido negativo sobre a expressão “ativismo judicial” no “*common law*”, e a sua discussão geralmente desagua no “plano da filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário, e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano”<sup>26</sup>.

Alega-se que, nos Estados Unidos, adota-se uma conceituação ampla do termo “ativismo judicial”, que pode ser visto como “uso da interpretação teleológica”, de “integração de lacunas”, e que, via de regra, é “elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas em contraposição ao ‘passivismo’”<sup>27</sup>.

É interessante notar que a abordagem teórica desse autor acaba por incursionar pelas veredas do Estado de Direito Democrático, em especial pelo princípio da separação dos Poderes e sobre a discricionariedade judicial interpretativa<sup>28</sup>, para então referir sobre a sua própria conceituação de ativismo judicial.

Menciona: “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, resolver litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”<sup>29</sup>.

Em que pese a abordagem teórica densa, não se problematiza a própria expressão “ativismo judicial”. Tal questão parece indene de críticas, e passamos a importar a expressão “ativismo judicial”, cunhada por um “não profissional do Direito” e ardoroso defensor do “*New Deal*” ao escrever sobre a história evolutiva do *New Deal* na Suprema Corte Americana<sup>30</sup>. E efetivamos tal importação a partir de uma observação da Suprema Corte Americana que não é a realidade brasileira, bastando dizer que embora possua semelhança

22 Entre várias obras, confira-se algumas resultantes de pesquisas acadêmicas de Dissertações de Mestrado em Direito: LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou alívio? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 43; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I). *RIDB*, ano 2, n. 6, 2013; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II). *RIDB*, ano 2, n. 7, 2013; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *RIDB*, ano 2, n. 8, 2013.

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

24 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104.

25 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

26 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

27 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

28 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-128.

29 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

30 BARNETT, Randy E. Constitutional clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 492-510, 2008. p. 493.

com o STF, pelo fato de constituírem a cúpula do Poder Judiciário, as coincidências terminam por aí.

Enquanto a Suprema Corte Americana é composta por 9 *Justices*, em que um deles é o *Chief Justice* — escolhido pelo Presidente dos Estados Unidos —, até a data de sua morte ou aposentadoria volitiva, o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros, com modelo presidencial bienal (eleição por seus próprios pares); e ainda, os modelos deliberatórios de tomada de decisão (*Decision-Making*) são em tudo distintos. Lá adota-se uma “decisão da corte”, “*per curiam decisions*”<sup>31</sup>, sem que participem das deliberações quaisquer pessoas que não os próprios *Justices*, com publicidade restrita, e aqui adotamos decisões fragmentadas, (*seriatim decisions*), em que cada Julgador pode emitir a sua opinião e com tomada de decisão, em tese, ao vivo e em cores, transmitidas pela TV Justiça.

Embora os modelos de escolha e nomeação sejam de certo modo similares, lá há uma efetiva disputa bipartidária entre as nomeações de Juízes para a Corte entre Democratas e Republicanos, que se reflete nos debates do Senado para a Sabatina dos nomeados, e mais importante, lá os Julgadores podem permanecer de maneira vitalícia no cargo, enquanto aqui há a aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade por imperiosa determinação Constitucional.

Por fim, a mais brutal diferença: enquanto lá há o apego ao precedente com o acolhimento do “*stare decisis*”, em razão de representar o acolhimento de um modelo advindo da família do “*common law*”, o que permite a Suprema Corte Americana inclusive realizar julgamentos pelo modelo de Júri<sup>32</sup>, nos casos e possibilidades constitucionalmente permitidas, aqui temos a impossibilidade de se falar em precedente<sup>33</sup> e em jurisprudência<sup>34</sup>, sendo de se notar que adotamos modelo advindo do “*civil law*”.

Nesse sentido, sendo a expressão “ativismo judicial” importada de uma prática judicial da Suprema Corte Americana, mesmo enquanto “modelo teórico de descrição de uma atividade”<sup>35</sup>, essa importação precisa encontrar sérias restrições alfandegárias, especialmente quando vulgarizada como na afirmação de Luís Roberto Barroso de que “o ativismo judicial é como o colesterol: tem do bom e tem do ruim”<sup>36</sup>.

31 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, jan. 2000; MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: concurring and dissenting opinions. *American Bar Association Journal*, v. 38, n. 10, p. 821, oct. 1952; STEWART, David O. A chorus of voices. *American Bar Association Journal*, v. 77, n. 50, p. 923, 1991.

32 Um caso distinto e diferenciado, embora raro e na prática atual quase inexistente, merece ser citado, qual seja, a previsão de juris especiais na Suprema Corte Americana no exercício de sua jurisdição originária, pois a Sétima Emenda à Constituição dos Estados Unidos, proposta em 1789, admite: “*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law*”. Conforme se observa, a Suprema Corte Americana julgou pelo menos 3 casos pelo modelo de júri em 1870, dos quais apenas 1 restou registrado, qual seja, o caso *Georgia v. Brailsford*, 3 U.S. (3 Dall.) 1 (1797). Cfr.: SHELFER, Lochlan F. Special Juries in the Supreme Court, *The Yale Law Journal*, v. 123, n. 1, p. 208-252, 2013.

33 Veja-se a densa abordagem de José Rodrigo Rodriguez na alegação de que em nossos tribunais, predominam opiniões pessoais, confusão e dificuldade de compressão das decisões, embora tal abordagem mereça ser também criticada. Cfr.: RODRIGO RODRIGUEZ, José. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FVG, 2013. p. 81.

34 Ao fim e ao cabo de nossa realidade brasileira, não podemos falar que existe jurisprudência no Brasil, na esteira do entendimento de Luiz Edson Fachin, pois segundo este pensador, não existe efetivamente jurisprudência no Brasil, pois jurisprudência é método, e deve ser correspondente a um resultado de compreensão dos sentidos acerca de determinado campo jurídico, propostos pela doutrina, bem como explicitados em julgamentos por meio de entendimentos consolidados que se projetam na cultura jurídica do país a partir de sua expressão pelos tribunais. No caso brasileiro, percebe-se uma dupla falta, vale dizer, uma falta de solidez hermenêutica que não traz previsibilidade e nem estabilidade em termos de precedentes, que “são próprias do verdadeiro sentido da jurisprudência”, e falta ainda uma profunda e sistemática ação doutrinária de comentários críticos e efetivos sobre as decisões judiciais”. Cfr.: FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência. *Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, Brasília, de 28 à 31 de julho de 2014. Texto enviado por Luiz Edson Fachin para o Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota, para o SJA – Seminário Jurídico Avançado “Um País sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”.

35 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20.

36 BARROSO, Luís Roberto. Anabolizante judicial: entrevista: Luís Roberto Barroso, advogado constitucionalista. *Conjur*, 21 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando\\_legislativo\\_mal\\_judiciario\\_toma\\_conta?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando_legislativo_mal_judiciario_toma_conta?pagina=3)>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar.



Em certo momento anterior, Luís Roberto Barroso havia mencionado que “ativismo judicial” e “judicialização” seriam “primos”, oriundos da mesma família e frequentadores dos mesmos lugares, mas que não teriam, no entanto, “as mesmas origens”, afirmando-se que “ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição”<sup>37</sup>.

Luís Roberto Barroso alega que o “ativismo judicial” seria então parte da solução, e não do problema, vale dizer, o “ativismo judicial” seria “um antibiótico poderoso cujo uso deve ser eventual e controlado”:

Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.<sup>38</sup>

Cabe recordar que Luís Roberto Barroso entende que “o déficit democrático do judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação”<sup>39</sup>.

Se confrontássemos as percepções de Elival da Silva Ramos com as de Luís Roberto Barroso, poderíamos então indagar sobre “Estado de Direito Democrático do Bom”, e “Separação de Poderes da Boa”, e seus respectivos inversos, o que seria no mínimo curioso, embora academicamente instigante.

Perceba-se que logo a expressão “ativismo judicial” vai perdendo significado e sendo transformada em “Colesterol Bom e Colesterol Ruim”, e já estaremos discutindo “ativismo judicial” com termos e expressões médicas (veja-se também o termo “ativismo judicial” “antibiótico poderoso”), os quais a grande maioria das pessoas desconhece efetiva e tecnicamente, induzindo que se aceite com naturalidade que existam “ativismo judicial” do bom, e do ruim. Um pejorativo e outrolouvaminheiro.

Tal situação ganha foros de dramaticidade quando Luís Roberto Barroso afirma que, em certos temas, quando houver inércia dos demais poderes, o Judiciário deveria se portar então como “o motor da história”, e suas palavras então foram as de que o “povo na rua mobilizado por mudança é a energia que move a história”, mas que para ele — Luís Roberto Barroso —, “pra fazer andar a história não precisa estar com o povo andando atrás”, complementando a assertiva com a frase: “está ruim, não está funcionando, nós temos que empurrar a história. Está emperrado, nós temos que empurrar”<sup>40</sup>. Essa afirmação não passou despercebida e indene de crítica<sup>41</sup>.

37 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

38 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

39 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 390.

40 BARROSO, Luís Roberto. Entrevista concedida ao Grupo Folha: parte 2. *Poder e Política*, Brasília, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388983-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-luis-roberto-barroso-a-folha-e-ao-uol---parte-2.shtml>>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Fernando Rodrigues.

41 Mencione-se ao menos 4 inquietações de acadêmicos com relação a tal expressão “motor da história”, ou com o caso ao qual ela é vinculada, qual seja, votos dos ministros do STF e mais especificamente do Ministro Luís Roberto Barroso (e/ou sobre sua entrevista posterior) quando do julgamento sobre o “financiamento de campanhas eleitorais” (ADI 4650), nos artigos de Lênio Luiz Streck, José Levi Mello do Amaral Junior, José Miguel Garcia Medina e Rafael Tomaz de Oliveira: STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: o realismo ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’. *Conjur*, 2 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acesso em: 01 set. 2014; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Diário de classe: financiamento de campanha e o STF como ‘motor da história’. *Conjur*, 4 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-04/diario-classe-financiamento-campanha-stf-motor-historia>>. Acesso em: 01 set. 2014; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Análise constitucional: inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo. *Conjur*, 29 de dezembro de 2013; MEDINA, José Miguel Garcia. Processo novo: uma breve retrospectiva sobre o que o Supremo

Um problema adicional será vislumbrando se o trem da história atropelar aquele que estiver atravessando a rua, como dito em metáfora pelo mesmo e próprio Luís Roberto Barroso: “Houve uma mudança qualitativa, uma mudança de paradigma. E o que era antes aceitável, subitamente passou a ser objeto de grande repulsa. Quem estava atravessando a rua nessa hora foi atropelado pelo trem da história”<sup>42</sup>.

O trem da história atropela, embora, nessa última frase, o referido autor não estivesse falando de ativismo judicial, mas se a história empurra, e se o juiz pode empurrar a história, que (e)história é essa? Esse é o motivo pelo qual parece importante abordar a questão sobre “clichês constitucionais”, para então, posteriormente, retomarmos a questão do “ativismo judicial” em Luís Roberto Barroso.

Observamos acima algumas distintas concepções sobre o “ativismo judicial”, e no próximo item iremos refletir sobre como essa expressão se torna um “cliché”, a partir da noção, conceito e críticas que essa última expressão invoca, para chegarmos a uma ideia sobre o “ativismo judicial como cliché constitucional”.

## 2.1. A questão dos “clichês constitucionais”

O conceito de “cliché” não pertence a nenhuma disciplina reconhecida. Como uma noção que ganhou corpo e ocorrência a partir do século XIX, o “cliché” não ocupa um lugar especial no campo da retórica<sup>43</sup>. “Cliché”, originalmente o nome de um preformado bloco em peça de metal fundido para produção em massa de material impresso, funciona como um instrumento de crítica no domínio cultural, e continua sendo invocado em *reviews*, debates, e nos discursos do dia a dia sem que seja objeto de uma definição mais precisa<sup>44</sup>.

Em seu nível mais básico, chamar uma expressão de “cliché” significa marcá-la subjetivamente pelo excesso de uso. A noção convencional de “cliché” sugere que este será utilizado quando um discurso tiver se tornado irritante em face de seu uso repetitivo<sup>45</sup>. Mais especificamente:

Compreende-se o cliché, geralmente, como uma maneira de expressar irritação com um pronunciamento por sua falha, divergindo até mesmo no menor grau de seu completo reconhecimento.

Isso é, novamente, demanda maior estímulo de sentidos. Desde que o inteligível está enraizado num acordo não apenas de sentidos, mas no progressivamente calcificado acordo com a comunidade, a irritação com o pronunciamento ‘excessivamente inteligível’ pode ser a expressão de um mal-estar estético com um sistema de axiomas socialmente ancorados.

A pessoa que repudia um cliché declara irritação ou mesmo exasperação com a forma sobre o que todos sabem e dizem, e portanto assinala sua impaciência com as máximas e categorias que são compartilhadas com a comunidade. Isto é, neste ponto, podemos promover a definição de um cliché [...] como algo que demanda muito pouco de sentido.<sup>46</sup>

não fez. Conjur, 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-23/processo-breve-retrospectiva-supremo-nao-fez>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

42 BARROSO, Luís Roberto. Entrevista concedida ao Grupo Folha: parte 2. *Poder e Política*, Brasília, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388983-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-luis-roberto-barroso-a-folha-e-ao-uol---parte-2.shtml>>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Fernando Rodrigues.

43 NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall p. 77, 2010.

44 NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall p. 77, 2010.

45 NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall p. 80, 2010.

46 Tradução livre do original: “To complain about clichés is generally a way to express irritation at statements for their failure to diverge even in the slightest degree from complete recognizability. It is, again, to demand more stimulation for the senses. Since the intelligible is rooted in agreement not only of the senses, but in the (progressively calcified) agreement within the community, the irritation with ‘overly intelligible’ statements can also be the expression of aesthetic malaise within a system of socially anchored axioms. The person who repudiates the cliché declares irritation or even exasperation at the form of what everyone knows and

Essa é uma das possíveis análises acerca da compreensão da expressão “clichê”, e a construção dessa análise decorre da abordagem da “teoria política do clichê” a partir da escrita de Hannah Arendt para a revista *New Yorker* sobre o julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém<sup>47</sup>. Entretanto, outras abordagens são possíveis, e algumas delas sobre o próprio termo “ativismo judicial”.

Aliás, parece que o grande problema, talvez o maior deles, acerca da expressão “ativismo judicial”, seja o fato de que ela se tornou um “clichê”, como nos recorda Randy Barnett. Esse autor observa que o discurso popular sobre a interpretação constitucional e sobre o “*judicial review*” tendem a empregar uma série de frases repetitivas que se tornam “clichês Constitucionais”:

Frases como ‘ativismo judicial’, ‘autocontenção judicial’, ‘construção estrita’, ‘não legislar da bancada’, ‘intenção dos criadores’, ‘mão morta do passado’ e ‘*stare decisis*’ se tornaram tão dominantes no comentário público que é tudo que se ouve. Infelizmente, mesmo professores de Direito não são imunes. Havia um tempo em que cada uma destas frases grudentas significava algo e, embora cada uma delas pudesse significar alguma coisa novamente, no debate atual todas se tornaram banais e largamente ausentes de substância. Brevemente, elas se tornaram clichê<sup>48</sup>.

Segundo o referido autor, possivelmente o maior “clichê Constitucional” seja a expressão “ativismo judicial”, ao lado de sua cara-metade, a “autocontenção judicial”. Arthur Schlesinger Jr categorizou os Juízes da Corte Suprema do período do *New Deal* em 3 grupos: 1) aqueles que eram “ativistas judiciais” (*judicial activists*) (*Justices Black, Douglas, Murphy e Rutlege*), 2) aqueles que eram os “campeões da autocontenção” (*champions of self restraint*) (*Justices Frankfurter, Jackson e Burton*), e 3) um grupo intermediário (*midle group*) (*Justices Reed e o Chief Justice Vinson*).

Distinguiram-se os dois primeiros grupos de juizes da seguinte maneira: “Um grupo [dos ativistas] é mais adepto do emprego do poder judicial para a sua própria concepção sobre o bem social; o outro, é mais adepto da expansão de miríade de julgamentos para o Legislativo, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenem”<sup>49</sup>.

Ou seja, o primeiro grupo “ativistas judiciais” (*judicial activists*) relacionava a Corte a um instrumento para consecução de resultados sociais desejados, no qual a Suprema Corte poderia desenvolver um modelo de ação afirmativa de promoção do bem-estar social (*social welfare*), enquanto o segundo grupo “campeões da autocontenção” (*champions of self restraint*), relacionava o Tribunal a um instrumento que permitisse que os demais Poderes encontrassem os resultados que o povo queria, para o bem ou para o mal<sup>50</sup>.

Menciona-se sobre a referida publicação que Arthur Schlesinger Jr encontrou-se com o *Justice Jackson* após este ter sido um dos responsáveis pelas acusações de Nuremberg, tendo entrevistado todos os juizes da Suprema Corte com vistas a angariar material para sua publicação. Trabalhando para a revista *Fortune*, fora incumbido de escrever um artigo sobre juizes fraticidas em uma corte que possuía um novo presidente (Fred Vinson). Após a repercussão negativa da publicação, com os juizes zangados acerca do que fora publicado, Arthur Schlesinger Jr teria dito que é muito mais simples escrever sobre pessoas mortas<sup>51</sup>.

---

everyone says, and hence signals his or her impatience with the maxims and categories that are shared within the community. It is at this point that we can provide a definition of the cliché [...] that - demand too little of the senses”. Cfr.: NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall p. 81, 2010.

47 NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall 2010.

48 Tradução livre do original: “Phrases such as ‘judicial activism’, ‘judicial restraint’, ‘strict construction’, ‘not legislating from the bench’, ‘framers intent’, ‘the dead hand of the past’, and ‘stare decisis’ so dominate public commentary on the Constitution and the courts that quite often that is all one hears. Unfortunately, even law professors are not immune. There was a time when each of these catch phrases meant something and, although each could mean something again, in current debates all have become trite and largely devoid of substance. In short, they have become clichés”. Cfr.: BARNETT, Randy E. Constitutional clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 492-510, 2008. p. 493.

49 SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, *Fortune*, v. 35, p. 201, jan. 1947.

50 SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, *Fortune*, vol. 35, p. 201-202, jan. 1947.

51 SCHLESINGER JR., Arthur M. *A life in the 20th century: innocent beginnings, 1917-1950*. New York: Houghton Mifflin, 2000;

Conforme se observou há algum tempo, “ativismo judicial” seria uma expressão notoriamente desprovida de qualquer significado consistente. Keenan Kmiec sintetiza alguns dos sentidos atribuídos a expressão “ativismo judicial” através dos anos: 1) Invalidação de Ações Constitucionais de outros Poderes, 2) Falha na aderência ao precedente, 3) Legislação judicial, 4) afastamento de metodologia interpretativa aceitável, e, 5) Julgado de resultado orientado<sup>52</sup>.

Como observado, a vinculação do termo “ativismo judicial” ao período do *New Deal* deixa claro que se trata de interferência judicial sobre o legislativo, com a declaração de inconstitucionalidade, e geralmente tem sido utilizada de maneiras as mais diversas, positivamente, negativamente até mesmo de maneira neutra<sup>53</sup>, mas normalmente é utilizada para “criticar uma prática judicial que deveria ser evitada por juízes e oposta ao público”. Passa a ser um “clichê Constitucional vazio”. Falar em “ativismo judicial” tornou-se um etiquetamento que se impõe ao final de uma análise metodológica e substantiva de uma decisão judicial em particular<sup>54</sup>.

Um “clichê” ainda pode ser descrito como “um tipo de argumento que não é um argumento”, vazio de sentido, e que as pessoas utilizam na esperança de vencer um diálogo sem que o argumento seja eventualmente contestado, algumas vezes ligado a preguiça de pensar, e outras vezes essa preguiça de pensar meramente propicia a vulnerabilidade para o pensamento radical<sup>55</sup>, e tais clichês podem ser utilizados tanto por liberais quanto por conservadores<sup>56</sup>.

Já na década de 1980 observa-se que o Justice William Rehnquist, da Suprema Corte Americana, se preocupava com o fato de que a Corte pudesse estar trilhando um caminho de atuação por “clichês”<sup>57</sup>. O referido Juiz menciona a definição dicionarista de clichê, que trata do significado da palavra como “expressão ou frase banal ou estereotipada”, afirmando que o problema com o clichê não seria o fato de este representar uma falseabilidade, mas sim o de representar uma simplificação daquilo que é complexo, evitando-se que se preste atenção a questões mais sensíveis que estão inseridas naquilo que as discussões mais complicadas remetem. Os “clichês” não substituem uma inverdade, propriamente dita, mas representam uma troca “supsimplificada” por uma questão muito mais complexa<sup>58</sup>.

Lemas e frases curtas geralmente são utilizados na “arena política” em períodos eleitorais, mas ainda nos anos 1980 temeu-se que tal estivesse ocorrendo na “arena judicial”, que teria sucumbido a tentação de substituir análises racionais profundas e pensamento sofisticado por “clichês”. Alegou-se que a única maneira de evitar ser governado por “clichês” seria empreender uma discussão intensa e profunda de questões importantes, conforme o exemplo do famoso debate Lincoln-Douglas no verão de 1858 sobre a decisão da Suprema Corte no caso *Dred Scott v. Sandford*<sup>59</sup>.

Sintetiza-se o seguinte fragmento do pensamento do autor: “Eu tenho muito receio que ao invés de sentar e pensar cuidadosamente sobre o papel dos governos nacional, estadual e local, dos legislativos e do judiciário em nossa sociedade, nós sucumbimos à tentação de aceitar os “clichês” que os outros atribuem a

---

BARRETT, John Q. *Arthur M. Schlesinger Jr.: in action, in archives, in history*, 2007. Available at: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf>>. Accessed on: 17 aug. 2014.

52 KMEIC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, v. 92, n. 5, oct. 2004.

53 Esta afirmação de que a expressão pode ser utilizada de maneira neutra, positiva ou negativa refere-se respectivamente a utilizações que valoram (positivamente ou negativamente) ou que simplesmente deixam de valora a expressão (limitando-se a relatar, com ares de indiferença).

54 BARRETT, John Q. *Arthur M. Schlesinger Jr.: in action, in archives, in history*, 2007. Available at: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf>>. Accessed on: 17 aug. 2014. p. 495.

55 GOLDBERG, Jonah. *The tyranny of clichés: how liberals cheat in the war of ideas*. New York: Sentinel, 2012. p. 1-4.

56 GOLDBERG, Jonah. *The tyranny of clichés: how liberals cheat in the war of ideas*. New York: Sentinel, 2012. p. 17.

57 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980.

58 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980. p. 379.

59 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980. p. 380.

estas inter-relações”<sup>60</sup>.

O argumento aqui é o de que a expressão “ativismo judicial” tem sido manipulada para tentar retirar o foco, e mesmo decompor a mais importante equação constitucional quando estivermos falando de efetiva prática decisória: se a Constituição foi cumprida, com respeito aos direitos fundamentais e deferência especial ao postulado democrático que repousa no respeito a separação dos poderes.

São 4 elementos fundantes que o uso da expressão “*judicial activism*”, “ativismo judicial” tenta escamotear, e vem realizando sobre esse propósito um excelente trabalho. Se existe “Colesterol bom no bom Ativismo Judicial”, logo a discussão que se encontra na parte subcutânea dessa camada argumentativa será se existe um “**Cumprimento da Constituição** bom no bom Ativismo Judicial sem Colesterol”, ou se existe uma “**Separação de Poderes** boa no bom Ativismo Judicial sem Colesterol”, ou se existe uma “**Democracia** boa no bom Ativismo Judicial sem Colesterol”, ou se existe “**Respeito aos Direitos Fundamentais** bom no bom Ativismo Judicial sem Colesterol”.

Mesmo quando se escrevem artigos longos, teses e dissertações partindo-se de um dado construído como “ativismo judicial”, estaremos diante da tentativa de se “complexificar” um “cliché” sem que essa palavra seja de fato problematizada, questionada, debatida sua existência, função, estrutura e racionalidade à exaustão.

Para utilizar um exemplo referido por William Rehnquist, basta observar as palavras esculpidas na entrada principal do esplêndido prédio que abriga a Suprema Corte Americana: “*Equal Justice Under Law*”, ou mesmo o “lema” cravado na entrada mais privativa do mesmo edifício: “*Justice, Guardian of Liberty*”. Podem até ser lemas inspiradores, mas nada dizem por si mesmos acerca das questões mais óbvias que podem surgir sobre o sistema de administração da justiça dos Estados Unidos<sup>61</sup>.

Seria o caso de se complexificar um clichê, se alguém começasse a divagar sobre “*Equal Justice Under Law*” ou sobre “*Justice, Guardian of Liberty*” sem questionar a raiz de onde se parte, ou como mencionado acima, “sem que esta[s] palavra[s] seja[m] de fato problematizada[s], questionada[s], debatida[s] sua[s] existências[s], função[ões], estrutura[s] e racionalidade[s] à exaustão”. Tal tentativa de complexificar em nada contribuirá para o debate sério, antes, servirá para propagar a perpetuação de um fantasma, terá quase ajudado a criar um “*hoax*”.

Não se está a sustentar que qualquer discussão sobre “ativismo judicial” seja desnecessária. Bem entendido, está a se sustentar que quando ela, a expressão “ativismo judicial” se torna um “cliché”, vazia de significado por si mesma, sem que se questione o seu “*founding father*” (Arthur Schlesinger Jr) e sem que se problematize o contexto, as razões, os fundamentos, a função, a estrutura, e todas as implicações daí advindas, então ai sim será observada a discussão rasa e talvez desnecessária.

Para uma breve provocação, podemos partir de Miguel Reale na elementar e perturbadora alegação de que “o sentido de universalidade revela-se inseparável da filosofia” e que se deve procurar “renovar as perguntas formuladas, no sentido de atingir as respostas que sejam ‘condições’ das demais”<sup>62</sup>.

Os “clichês” fazem exatamente o contrário, procurando etiquetar um lema, uma frase simplificadora que tenha pretensão de finalizar uma questão antes mesmo de discuti-la, e a partir desse “fundamento” “criado/estabelecido”, permitir que se aponham outros tijolos, argamassa e cimento, mas o destino já é de antemão conhecido. É inexorável. O ‘edifício’ rui como se tivesse sido construído com utilização de material impróprio e/ou muitos defeitos de construção. Assim temos o “ativismo judicial”, o “nosso” Palace II<sup>63</sup>.

60 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980. p. 381.

61 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980. p. 380.

62 REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1-3.

63 Debalde a talvez desnecessária referência, ante o fato público e notório, fica o registro aos mais novos, pois fatos públicos

Observe-se, *en passant*, que o problema não é o uso de/da metáfora, aliás muitas delas são utilizadas neste artigo. O problema, ou o perigo, é quando a metáfora passa a elidir o processo racional que está nos limites da analogia que a metáfora transmite<sup>64</sup>. Em seu melhor, as metáforas auxiliam a moldar o pensamento conjurando imagens vivas para clarificar conceitos difíceis, mas seu mal uso pode conduzir a imagens equivocadas<sup>65</sup>, sendo certo que no desenvolvimento constitucional há uma miríade de possibilidades que as metáforas naturais e orgânicas obscurecem (casos de ‘*living tree*’ e de ‘*living constitution*’ no Constitucionalismo Americano)<sup>66</sup>.

Observa-se que não é novidade o fato de que o raciocínio jurídico é a um só tempo analógico e taxonômico, e que a metáfora é uma poderosa ferramenta para ambos. O poder da metáfora é tamanho que colore e controla o pensamento subsequente sobre determinado assunto<sup>67</sup>.

A propósito, observando de perto o estudo linguístico da metáfora e o discurso jurídico, ambos envolvem paradoxos e apropriação, e o Direito é uma disciplina que requer um alto grau de precisão linguística que a linguagem metafórica pode não fornecer. Aliás, a metáfora pode ser definida como “o sistema de transferência”, um processo de mudança semântica de um domínio para outro<sup>68</sup>. O problema da metáfora, por si mesma, além do que já se mencionou, também é o seu reducionismo e a sua simplificação. No caso do “ativismo judicial” (colesterol do bom e do ruim), esse reducionismo e simplificação é particularmente significativo e facilmente observável.

A excessiva simplificação de questões que não são tão simples está inserida nas inúmeras críticas feitas por Lênio Streck, que afirma que “ativismo judicial” é a vulgata da judicialização, e foi exatamente a partir dessa alegação que passamos a suspeitar que a expressão é um “cliché”. Esse autor realiza crítica a Luís Roberto Barroso e a Thamy Pogrebinski, afirmando que há excesso de judicialização, e que quando diz excesso não está admitindo um “ativismo adequado ou necessário”, mas sim que “ativismo é vulgata de judicialização. Não há bom ou mau ativismo”<sup>69</sup>. Excessiva simplificação também encontra reflexo na chamada “dificuldade crítica do Direito”, como menciona o mesmo Lênio Streck:

“É árdua a missão de criticar. Mais fácil é pegar um tema e partir dele, como se nada houvesse antes: ‘saio escrevendo e... bingo!’. E descrever e, quando muito dar uns ‘palpites’, algo do tipo ‘fiz uma tese e saquei que a justiça está com excesso de processos e, portanto, devemos limitar o acesso dos (e aos) utentes’ ou ‘o artigo tal, da lei tal tem um furo e os utentes podem partir por ali para conseguirem pagar menos impostos’[...]. Criticar o que tem sido feito no Direito não é tarefa fácil. Escrever contra a *communis opinio* é ‘dureza. É mais fácil seguir a correnteza do que nadar contra ela’<sup>70</sup>

É a partir dessa discussão que a expressão “Ativismo Judicial” tem pretensão simplificadora, e se tornou de fato um “cliché constitucional”, barato e vazio, e que deve urgentemente ser abandonado enquanto pre-

---

e notórios são datados no tempo e seu registro temporal atrelado a um determinado espaço. Palace II foi um Edifício residencial construído na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro e que desabou parcialmente em 22 de fevereiro de 1998. Há época alegou-se de maneira midiática que teria sido utilizada areia de praia em sua construção, mas conforme dados contidos na sentença, após análise de inúmeras perícias, atribuiu-se o desabamento ao comprometimento das estruturas por erro de cálculo e de construção, conforme registrado na Sentença do Juiz Heraldo Saturnino de Oliveira, nos autos nº 98.001.184167-8, no Juízo da 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, Capital.

64 SIRICO JR, Louis J. Failed constitutional metaphors: the wall of separation and the penumbra. *University of Richmond Law Review*, v. 45, p. 488, jan. 2011.

65 JACKSON, Vicki C. Constitutional as ‘living trees’? Comparative Constitutional Law and Interpretative Metaphors. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 960, 2006.

66 GARDNER, James. The ‘states-as-laboratories’ metaphor in state constitutional law. *Valparaiso University Law Review*, v. 30, n. 2, p. 475-491, 1996. p. 475.

67 FROMKIN, Michael. The metaphor is the key: cryptography, the clipper chip, and the constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, p. 709-897, 1995. p. 860.

68 SZE-MAN SIMONE, Yeung. *The rule of metaphor and the rule of law: critical metaphor analysis in judicial discourse and reason*. 2010. 133 f. Thesis (Master of Philosophy) – The University of Hong Kong, Hong Kong, 2010. p. 1-5.

69 STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2. p. 164-165.

70 STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2. p. 88-92.

tensão de discussão acadêmica, especialmente quando estamos a tratar de coisas tão sérias quanto decisões judiciais.

Não se pretende, por meio deste estudo, banir a (s) palavra (s) “ativismo judicial”, “ativismo judicial bom”, “ativismo judicial mau” para que a (s) coisa (s) desapareça (m), bem entendido. A esse propósito, para compreensão do quanto necessário, observe-se o luminoso texto de Lênio Streck (As Palavras e as Coisas na terra dos fugitivos) que denuncia certa falácia realista, deixando claro que as palavras não carregam a essência e nem portam seu próprio sentido, e de que não se aprisionam coisas dentro dos seus próprios conceitos<sup>71</sup>.

Repita-se, não se sustenta aqui que se deixarmos de utilizar o termo ativismo judicial (bom, mau, co-lesterol) ele — o ativismo judicial — deixará de existir, com(o) “aquilo que o termo denota no imaginário social”<sup>72</sup>. Absolutamente, até porque, conforme observado pela já citada Clarissa Tassinari, não se observa um acordo semântico mínimo sobre a expressão. Antes, sustentamos que o termo e sua utilização prática têm sido empregados como um “clichê” de modo a encerrar um debate antes mesmo dele se iniciar.

Sustenta-se que a expressão é inadequada da maneira como utilizada, fora de contexto histórico e institucional, banalizada e com pretensão simplificadora. Não parece adequada para acusação ou defesa de decisão judicial (ativismo bom, ativismo ruim). Reclama-se densificação de sentidos, e exaustão de debate sobre todas as questões que a expressão aparenta camuflar. As críticas às decisões judiciais devem ser constantes, profundas e densificadas ao extremo, com sofisticação e verticalidade.

Assim, tomamos clichê também como a “reprodução de uma figura já fechada, de uma fórmula já conhecida, e que só aparece no interior de um contexto enunciativo, no interior de um discurso”<sup>73</sup>. O próximo item irá abordar a utilização da expressão “Ativismo Judicial” e de como ela se torna um “clichê” em Luís Roberto Barroso, explorando manifestações por ele externadas antes de se tornar Ministro do STF, e ainda, manifestações durante sua sabatina no Senado.

## 2.2. O ativismo judicial como clichê constitucional em LRB

Para uma pequena digressão sobre o conceito de “ativismo judicial” específico e contextualizado, referente ao pensamento de Luís Roberto Barroso, verifica-se que esse professor e Ministro do STF definiu o tema “ativismo” como “uma atitude: um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, dela extraíndo regras não expressamente criadas pelo constituinte ou pelo legislador”<sup>74</sup>. Sugestiona como sendo algo bom: agir proativo, afastado da inércia, criando norma que poderia ter sido criada apenas “implicitamente” pelo legislador ou mesmo pelo constituinte.

Essa afirmação de Luís Roberto Barroso é complementada por um raciocínio pretensamente sofisticado que precisa ser aqui analisado. Esse Ministro do STF menciona que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado dois papéis específicos, quais sejam: 1) papel contramajoritário, e, 2) papel representativo. No primeiro caso (papel contramajoritário), alega que teria lugar quando o Poder Judiciário vier a sobrepor a sua própria valoração sobre a atuação do Executivo ou do Legislativo, seja declarando a inconstitucionalidade

71 O contexto do texto de Lênio Streck tocou a polêmica palavra/expressão (e a polêmica sobre o uso da palavra/expressão) “periguetização do direito”, ou mais especificamente, a frase: “Se o direito fosse fácil, seria periguetete”. Cfr.: STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: as palavras e as coisas na terra dos fugitivos. *Conjur*, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/senso-incomum-palavras-coisas-terra-fugitivos>>. Acesso em: 01 set. 2014.

72 STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: as palavras e as coisas na terra dos fugitivos. *Conjur*, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/senso-incomum-palavras-coisas-terra-fugitivos>>. Acesso em: 01 set. 2014.

73 SANTOS, Fernanda Ferreira dos. O clichê como esvaziamento do discurso: uma leitura de Bouvard et Pécuchet, de Gustave Flaubert. *Revista Litteris*, n. 9, 2012.

74 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20.

de uma Lei ou “existindo uma política pública conduzida pela Administração em relação a determinada matéria, o tribunal determina sua modificação ou uma política alternativa”<sup>75</sup>.

Luís Roberto Barroso menciona que essa competência deve ser executada com grande cautela institucional, sugerindo que juízes e tribunais deverão ser “deferentes para com as opções feitas pelo Congresso ou pelo Presidente”, mencionando ainda que decisões políticas “devem ser tomadas por quem tem voto, por quem tem o batismo da representação popular”, ressaltando que esse não seria o caso dos Ministros do STF<sup>76</sup>.

No entanto, Luís Roberto Barroso afirma que a “pretensão de autonomia absoluta do direito em relação à política é impossível de se realizar”, e que “as soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais”. Afirma ainda que, em tais casos, “a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham, tenha ele consciência ou não, papel decisivo nas conclusões a que chega”<sup>77</sup>.

Para uma minimamente adequada apreensão ideológica de Luís Roberto Barroso, além de suas próprias palavras quando do depoimento por ocasião dos 70 anos da UERJ, indispensável à leitura e reflexão das 66 páginas que compreendem o “prefácio”<sup>78</sup>, a “apresentação”<sup>79</sup> e a “introdução”<sup>80</sup> da obra “Direito Regulatório”, de autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>81</sup>, mas, neste estudo, nos ocuparemos especificamente do item que possui o nome “uma nota ideológica”, escrito pelo próprio autor.

Tal nota ideológica é precedida pelo enfoque acerca de duas maneiras de enxergar o mundo. Menciona que “Diogo de Figueiredo” e ele (Luís Roberto Barroso) seriam “originários de lados opostos do espectro político”. Diogo seria um militante da causa da liberdade de iniciativa, do modo de produção capitalista e um cético sobre as potencialidades do Estado em sua atuação na área econômica<sup>82</sup>.

Já Luís Roberto Barroso se confessa como o oposto, pois vem de uma militância de juventude que via o Estado como o grande protagonista da transformação social. Menciona sobre si mesmo um excerto de anos atrás, como marca que o caracterizaria:

Em meio aos escombros, existe no Brasil toda uma geração de pessoas engajadas, que sonharam o sonho socialista, que acreditavam estar comprometidas com a causa da humanidade e se supunham passageiras do futuro. Compreensivelmente abalada, esta geração vive uma crise de valores e de referencial. Onde se sonhou a solidariedade, venceu a competição. Onde se pensou a apropriação coletiva, prevaleceu o lucro. Quem imaginou a progressiva universalização dos países, confronta-se com embates nacionalistas e éticos. [...] É indiscutível: eles venceram<sup>83</sup>.

O autor faz uma sucinta resenha histórica da ditadura brasileira, e de tudo que isso representou para “sua geração”, e que a promulgação da Constituição de 1988 e a queda do “Muro de Berlim”, em outubro de 1989 mudariam o curso da história. Nesse último caso, pontua:

75 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20.

76 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20-21.

77 BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 404.

78 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-9.

79 BARROSO, Luís Roberto. Apresentação. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11-14.

80 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.15-66.

81 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

82 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2.

83 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3, nota de rodapé n. 2.



A experiência com o socialismo real, que empolgara corações e mentes pelo mundo afora, e que foi seguida por mais de um terço da humanidade, desabava ruidosamente. Um sonho desfeito em autoritarismo, burocracia, privilégios e pobreza. A crença ambiciosa na possibilidade de mudar o curso da história e de reelaborar a própria condição humana, em nome de um projeto humanista e solidário, virara cinzas. **Ao menos naquele momento e por aquele modelo institucional**<sup>84</sup>. (sem o destaque no original)

Menciona sua construção epistemológica da história do Brasil, afirmando herança patrimonialista oriunda de atávica “apropriação do espaço público pelo interesse privado dos estamentos dominantes”, e que sem chegar jamais a ser verdadeiramente liberal, social e socialista, o Estado brasileiro chegara ao final do século XX estigmatizado pela burocracia, ineficiência, apropriação privada, desperdícios de recursos públicos, corrupção, seria o Brasil pré-2003, um Estado da Direita, e portanto do atraso social<sup>85</sup>.

Financiador dos ricos e “favelizador ideológico”, haveria “um exercício inevitável de desconstrução a ser feito”. Para Luís Roberto Barroso “a redefinição do Estado brasileiro” e o “desmonte de determinadas estruturas viciadas não constitui uma opção ideológica”, seria, para ele, “uma inevitabilidade histórica”. O autor é contra o Estado Mínimo<sup>86</sup>.

Ou seja, observa-se que, para Luís Roberto Barroso, o ideário utópico do Socialismo Real que ruiu com a queda do Muro de Berlim teria virado cinzas “ao menos naquele momento e por aquele modelo institucional”, sendo de se supor que ele poderia ser “revigorado” por meio de outra instituição (O Supremo Tribunal Federal), num momento histórico em que ele, Luís Roberto Barroso, passa a ser um dos “motores da história”, por meio do instrumental dos “valores pessoais e da ideologia” que estariam presentes nas suas futuras decisões judiciais, como afirma o próprio autor.

Luís Roberto Barroso menciona ainda, que: “todavia, quando a ação política contrariar, de modo inequívoco, a Constituição, não haverá alternativa”, e que “salvo uma ou outra decisão fora da curva, é possível afirmar que o STF exerce, com bastante parcimônia, sua função contramajoritária”. Faltou apenas mencionar o que seria considerado como “fora da curva”, e/ou o que seria “contrariar de modo inequívoco a Constituição”<sup>87</sup>. Observa-se um déficit de densificação das palavras avaliatórias<sup>88</sup>.

Alega ainda que em muitas circunstâncias, o STF tem exercido — com mais frequência — seu papel “representativo” (função representativa). Isso seria exercer o “atendimento de demandas sociais inequívocas que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo político majoritário”, e que neste caso sua atuação teria sido “mais ativista”, citando o exemplo do caso que “equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais”, ou ao caso da “autorização de interrupção de gestação de fetos anencefálicos”<sup>89</sup>.

Para Luís Roberto Barroso, ambas as situações seriam casos em que direitos fundamentais ficariam paralisados pela incapacidade de o legislativo editar lei que os regulamentasse, mas como os problemas existiam “na vida real”, a criação judicial do Direito teria sido ou se tornado “inevitável”, e que ninguém vislumbraria excessos nesses exemplos, mencionando que estariam mais “próximos da fronteira” as decisões sobre a fidelidade partidária, mas que, ainda assim, “seria possível vislumbrar uma imensa demanda social por reforma

84 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 7.

85 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 6-7.

86 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 7-8.

87 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

88 A este propósito, confira-se a abordagem de Roberto Freitas Filho acerca da necessidade de se densificar as palavras avaliatórias. Cfr.: FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

89 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

política, não satisfeita pelo processo político majoritário”<sup>90</sup>.

Triplamente equivocado. Primeiro, é possível vislumbrar excessos, sim; e segundo, tenta naturalizar de maneira positiva a expressão “ativismo”, reduzindo a Constituição a um inconveniente ao qual é preciso se livrar quando questões da vida invocam “criação judicial do Direito”. Mais equivocado ainda, em terceiro lugar, quando refere que o Supremo Tribunal Federal exerce “função representativa”<sup>91</sup>.

O STF não pode se arrogar em buscar representatividade popular e ao mesmo tempo exercer uma “contrarrepresentatividade” popular, pois equivaleria a dizer que a Suprema Corte ora pode fazer (com base em ideologia e valores pessoais) do preto o branco, e ora fazer do branco o preto, cobrar o escanteio, cabecear e defender o gol, ou melhor, agindo como verdadeiro Poder Moderador, como se fosse um legitimado representante divino, ignorando a existência dos artigos 2º e 60 § 4º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Dito de outro modo: se o STF vier a exercer papel de representação popular, ele se sentirá legitimado para “emendar” a Constituição “*sponte sua*”, legislando — porque estará exercendo “representação popular” — e, de outro modo, quando lhe for conveniente, impedirá a atuação dos outros poderes sob o pretexto do signo “contramajoritário”. Tudo, com base em valores pessoais e ideologia.

Parece interessante, nesse sentido, recordar o ideário de Oscar Vilhena Vieira que visualiza o Supremo Tribunal Federal como “o novo poder moderador” na reconhecidamente provocativa expressão “Supremocracia”<sup>92</sup>. No mencionado texto de Oscar Vilhena Vieira, a expressão “Supremocracia” cuida de focar momento histórico em que as Constituições seriam feitas para “liderar o processo de mudança social” e a expressão mesma “Supremocracia” seria utilizada para explicar o atual estado da arte do STF após muitos anos de seu desenvolvimento histórico e após o período inicial da promulgação do texto constitucional de 1988, em que se “aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil”<sup>93</sup>.

Fala-se então de “Supremocracia” em um duplo sentido, vale dizer, primeiro sobre a autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do poder judiciário especialmente sobre a histórica “enorme dificuldade em impor suas decisões” que teria sido “resolvida” somente em 2005 com a criação do instituto das súmulas vinculantes com que o STF poderia “enquadrar as demais instâncias” em que se teria completado um ciclo de concentração de poderes “nas mãos do Supremo”<sup>94</sup>.

O segundo sentido do termo “Supremocracia” se refere à expansão da autoridade do STF frente aos demais poderes, referindo-se, a partir da grande historiadora do Supremo, Leda Boechat Rodrigues, que já no Império havia a ideia de colocar a Suprema Corte no centro de nosso sistema político: “Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington”<sup>95</sup>. Hoje, aquela Corte Americana é vista não como uma Corte de verdade, mas como “muito Política”, comparada a Casa dos Lordes<sup>96</sup>.

90 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

91 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

92 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-464, 2008.

93 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. p. 441-464.

94 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. p. 441-464.

95 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. p. 441-464.

96 POSNER, Richard. Como eu escrevo. Trad. Ana Caroline Pereira Lima, Thiago Santos Aguiar de Pádua. *Revista Brasileira de*

Recorde-se, ainda, que não é apenas no final do reinado de Pedro II que se cogitara reforçar o papel e os poderes do Supremo, mas, também, em 1978 há referência sobre a pretensão de fazer com que a Corte Suprema, que seria transformada em Conselho Constitucional, fosse “substituir a ação discricionária do governo revolucionário” e tivesse o destino de conduzir a nação aos rumos do Estado de Direito exercendo funções políticas e judiciais<sup>97</sup>.

Não obstante, o papel de “árbitro” entre os poderes nos dias depois do império foi menos exercido pelo Supremo do que pelas forças armadas, como relembra Oscar Vilhena, e que apenas com a Constituição de 1988 é que houve uma espécie de encaixe no qual de fato o STF “deslocou-se para o centro de nosso arranjo político”. A discussão acerca de “controle” e “equilíbrio” permeia parte significativa do texto mencionado que suscita e provoca o debate sobre a expressão “Supremocracia”<sup>98</sup>.

No entanto, essa função “Supremocrática” não se coaduna com o ora vigente texto Constitucional, uma vez que o STF não é a chave que controla os demais poderes, e nem está acima e fora da clássica separação de poderes, em razão do quanto estipulado pelo Constituinte no art. 2º, e no artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988, a menos e não antes que se realize (acaso se a aceite) uma “dupla revisão” no texto Constitucional<sup>99</sup>.

A dupla revisão, que deveria inicialmente alterar o art. 60, § 4º da Constituição de 1988, estabelecendo uma consulta popular sobre a segunda alteração, que acaso também realizada e aceita, deveria inserir o art. 10 e o art. 98 da Constituição do Império de 1824 no corpo da atual Constituição, a inserir e dizer expressamente no artigo 2º da Constituição de 1988 que “São 4 os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Poder Moderador, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo Único. O Supremo Tribunal Federal passa a representar o Poder Moderador, representando a chave de toda organização política, a quem cabe velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes”<sup>100</sup>.

Conforme nos relembra Gisela Maria Bester, a separação dos poderes existe primordialmente para limitar o poder em relação aos direitos dos cidadãos, e em termos gerais: “a separação dos poderes no fundo foi o meio encontrado para conter o poder unitário do governante nas suas investidas contra a liberdade dos governados (em tal época, súditos), vale dizer, contra os direitos destes”, e ainda, segundo a mesma autora, a teoria da separação dos poderes (em realidade separação das funções do Estado), originalmente desenvolvida por Locke e depois aperfeiçoada por Montesquieu, e que muito embora atualmente seja possível referirmo-nos à separação tripartite (Executivo, Legislativo e Judiciário) “no Império tivemos a separação quadripartite (ou pentapartite) com a presença do poder moderador” por influência do francês Benjamin Constant em seus “Princípios de Política”<sup>101</sup>.

De todo modo, a construção da ideia de um “poder” que “guarda sem ser guardado e que “controla sem ser controlado”<sup>102</sup> ostenta certa semelhança com as observações contemporâneas feitas sobre o STF, acusado de “Supremocracia” por Oscar Vilhena Vieira, que aponta a Suprema Corte Brasileira como “o novo poder moderador” e, nesse sentido, controlaria sem ser controlado e guardaria sem ser guardado. Isso não é a sua função e nem a sua missão Constitucional.

---

*Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1 jan.-jun. 2014. p. 13.

97 CAVALCANTI, Themístocles. O Supremo Tribunal Federal e a constituição. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto (Org.). *Sesquicentário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos realizados na Universidade de Brasília entre 11 e 14 de setembro de 1978*. Brasília: EdUnB, 1982. (Coleção Temas Brasileiros, v. 25).

98 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. p. 441-464.

99 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, 1993. p. 159-186.

100 O traço riscando a harmonia e a independência é proposital. Pode chocar a primeira vista. Isso equivaleria a rasgar a Constituição. No entanto, se isso vier a ocorrer, será porque o nível de arbitrariedade já será tamanho, que rasgar a Constituição será apenas um ato de equiparar uma arbitrariedade a outra. Equiparação de realidades.

101 BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. v. 1. p. 299-301.

102 NOGUEIRA, Adalício. [Discurso]. In: SESSÃO ORDINÁRIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 21., 1966, Brasília. Ata da [...], em 10 de agosto de 1966: centenário do Ministro Pedro dos Santos. *Diário da Justiça*, 11 ago. 1966.

Sobre a alegada função representativa, Luís Roberto Barroso menciona que essa questão, no entanto, é mais complexa, e desenvolve seu argumento afirmando que a “Teoria Constitucional” que se pratica no mundo não se adequa à realidade brasileira, afirmando que a maioria dos autores (embora não cite um único nome) que critica a expansão judicial estaria baseada na assertiva de que o judiciário seria uma instância conservadora protetora das elites contra o avanço democrático, que estaria expressa nos demais poderes<sup>103</sup>.

O autor alega que isso não seria “verdade” no caso brasileiro, citando o exemplo do “episódio envolvendo a regulamentação do dispositivo constitucional que cuidava da indenização do trabalhador por demissão imotivada — em que, sob pressão das classes empresariais, uma lei foi aprovada a toque de caixa”, quando a Suprema Corte anunciou que regulamentaria a matéria, concluindo a afirmação no sentido de que no geral, a jurisdição constitucional se situa à esquerda da política ordinária, clamando, então, que a crítica político-ideológica não se aplicaria sem ressalvas ao Brasil<sup>104</sup>.

Complementando esta afirmação, Luís Roberto Barroso alega que “em certa medida, pelos desmandos do sistema eleitoral e partidário, o Judiciário tornou-se mais representativo do que o Legislativo”, afirmando ainda que “a sociedade se identifica mais com seus juizes do que com seus deputados”<sup>105</sup>. Diga-se desde logo que tal afirmação carece de base empírica mínima.

Alega o suposto fato de o Judiciário possuir um acesso mais “democratizado”, em razão de o acesso ao cargo de magistrado na primeira instância se constituir por meio de concurso público, tornaria o Judiciário mais democrático que o Parlamento, que envolve necessidade muito grande de enormes somas de dinheiro para financiar uma campanha, que “obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e alianças com diferentes atores econômicos e empresariais”, e que por esta razão, em muitas circunstâncias, o Judiciário teria se tornado um “representante mais autêntico da sociedade do que muitos agentes eletivos”<sup>106</sup>.

Se o argumento de Luís Roberto Barroso estiver correto — e não está — então esse autor acaba de se pular, de vez, qualquer “legitimidade” que eventualmente pudesse existir nas decisões do Supremo Tribunal Federal, pois seus Juizes não ascendem ao cargo de Ministro por meio de concurso público, e o ritual das indicações pode ser muitas vezes tão ou mais escuso do que alianças eleitorais político-partidárias, mas Luís Roberto Barroso ainda finaliza a reflexão com um argumento ainda mais intrigante:

Há ainda, e por fim, um aspecto ainda mais complexo e delicado, que estaria a exigir uma reflexão política e sociológica à parte: o nível de formação e qualificação dos integrantes do Judiciário, selecionados em concursos públicos árdus e competitivos, tende a ser mais elevado do que o dos outros Poderes. Tal circunstância, por vezes, leva à imposição de certa racionalidade judicial sobre as circunstâncias argumentativamente menos bem-postas de outros agentes. Como intuitivo, esse desequilíbrio é ruim e o risco da arrogância judicial é real e, evidentemente, negativo, como é a arrogância em geral<sup>107</sup>.

Mais uma vez, se o argumento de Luís Roberto Barroso estiver correto — e não está — então estaremos diante de um quadro no qual, como quando no início do Império Brasileiro e posteriormente da República, em que tanto o Legislativo quanto o Judiciário eram constituídos pelos “mais bem preparados” de Coimbra, teríamos um cenário mais adequado pela existência de um “equilíbrio intelectual”?

Esquece-se ainda de que a representatividade, da maneira como arquitetado pelo Constituinte de 1988, permitiu que um operário e sindicalista fosse alçado a Presidência da República, e que pelo argumento cons-

103 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

104 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

105 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

106 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 22.

107 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 22.

tuído deveria permitir que um operário e sindicalista também fosse alçado ao Supremo Tribunal Federal?

Luís Roberto Barroso descuida também do fato de que “parcela considerável dos concursos públicos se transformou em “*quixote*”, como se fosse um conjunto de pedrinhas para responder coisas que só assumem relevância porque são ditas pelos professores de cursos de preparação”, especialmente na seara jurídica<sup>108</sup>.

Por outro lado, de que racionalidade judicial está a falar Luís Roberto Barroso? Seria aquela advinda do “*Decision-Making*” de decisões fraturadas (*seriatim decisions*) nas quais cada julgador apresenta seu voto, emitindo muitas vezes opiniões judiciais, em acórdãos que não se consegue muitas vezes compreender qual teria sido a efetiva decisão da corte? Ou aquela racionalidade oriunda de decisão judicial que não segue suas próprias “decisões judiciais anteriores”, e em uma situação na qual sequer se permite falar sobre “precedente” ou “jurisprudência”?<sup>109</sup>

As afirmações do Ministro Luís Roberto Barroso sobre ativismo judicial, especialmente quando banaliza e simplifica a discussão (como ativismo judicial colesterol bom, ativismo judicial colesterol ruim, ativismo judicial antibiótico poderoso) e suas percepções sobre o papel do STF (contramajoritário e/ou representação) não guardam coerência e nem consistência se tomamos por coerente a argumentação na qual um conjunto de proposições possua sentido em sua totalidade, e como consistência quando não houver contradição, ou seja, quando entre várias proposições, não se observe contradições entre elas<sup>110</sup>.

Com efeito, não há coerência e nem consistência em afirmar que o STF não possui representação popular por não ser unguído pelo batismo do voto, e que a Suprema Corte deve ser deferente para com o poder legislativo, e ao mesmo tempo afirmar que o STF exerce papel contramajoritário e de representação.

Pode-se arguir o papel paradoxal desempenhado pelas Cortes Constitucionais no Constitucionalismo contemporâneo, alegando como defesa de certa mitigação democrática o fato de que a noção de papel contramajoritário invocaria a reflexão de Dworkin de que nas democracias que possuem dois corpos legislativos (no Brasil podemos pensar na Câmara e no Senado), um deles seria menos representativo e exerceria certo controle sobre as decisões do outro (Senado sobre a Câmara)<sup>111</sup>.

Tal argumento somente justificaria o papel de representação (e não apenas contramajoritário) do STF se, e apenas se, acolhêssemos e encampássemos o entendimento de que seria o Supremo Tribunal Federal uma espécie de “terceira câmara do congresso”, como afirmado por Aliomar Baleeiro no RMS 17.443/MG<sup>112</sup>, ou mais do que isso, estando próximos de reconhecer que de fato o Supremo exerce (e representa) o papel de Poder Moderador, em afronta ao texto Constitucional originário de 1988.

É preciso certa dose de coragem, e alguma insana loucura para reconhecer e apregoar isso de maneira franca e aberta, pois o passo seguinte seria avançar e transpor as linhas dos escrúpulos da racionalidade e do respeito constitucional para declarar uma “norma Constitucional inconstitucional”, fulminando ou conferindo “interpretação conforme” (à arbitrariedade e à consciência do intérprete) aos artigos 2º e 60, §4º da CF/88.

Também não há coerência e nem consistência em se afirmar que “ativismo judicial” seria “uma atitude: um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, dela extraindo regras não expressamente cria-

108 STRECK, Lênio Luiz. Concursos públicos: é só não fazer perguntas imbecis! In: STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2. p. 56-61.

109 Sobre tais questões críticas acerca do precedente e da jurisprudência, vide os comentários, baseados em José Rodrigo Rodriguez e Luiz Edson Fachin, nas notas número 34 e 35, *supra*.

110 Conforme mencionado, utiliza-se aqui a distinção e a funcionalidade entre os conceitos de “consistência” e “coerência” em Neil MacCormick, que considera a consistência presente quando não houver contradição, vale dizer, quando entre várias proposições, não se observe contradições entre elas. E será coerente num plano em que um conjunto de proposições faça sentido em sua totalidade. Cfr. MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 248-302.

111 DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Trad. Clovis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 158.

112 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Memória jurisprudencial*: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: STF, 2006. p. 195.

das pelo constituinte ou pelo legislador”<sup>113</sup>, e que existiria “ativismo do bom e do ruim”, e, por fim, externar a alegação de que “a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham [...] papel decisivo nas conclusões a que chega”<sup>114</sup>.

Nesse sentido, o ativismo judicial de Luís Roberto Barroso, vulgata da judicialização de processos (Lênio Streck), seria sempre ruim, pois seria produto de atuação “proativa” decisionista e arbitrária do julgador, que deixaria de aplicar normas eventualmente existentes (fora das seis hipóteses em que isso é permitido)<sup>115</sup> para criar suas próprias normas a partir de seus valores pessoais e ideologia.

Não há diferença entre isso e a barbárie. Isso representa, de alguma forma e em certa medida, a violência de que nos diz Hannah Arendt, como algo distinto do poder, da força ou do vigor, que precisa sempre de instrumentos, cuja substância reside no meio/objetivo que possui como mais importante característica, quando aplicada às atividades humanas, a de que os fins correm o perigo de serem dominados pelos meios, que justificam e que são necessários para alcançá-los, e abriga em seu seio um elemento adicional de arbitrariedade<sup>116</sup>.

É interessante notar que pela data do escrito de Luís Roberto Barroso ora referido (Prefácio, de 15.05.2013), podemos observar que ele ainda não havia sido indicado por Dilma Rousseff para o cargo de Ministro do STF, o que somente viria a ocorrer na data de 22.05.2013<sup>117</sup>, e antes inclusive de ser sabatinado pelo Senado em 05.06.2013, em que o tema central das perguntas foi, exatamente o “ativismo judicial”<sup>118</sup>. Após ser indicado, aprovado pelo Senado e empossado, Luís Roberto Barroso escreveria um artigo para o *site* Consultor Jurídico, descrevendo o processo de sua escolha para o STF, quando estava se preparando para uma estada acadêmica na Alemanha. Exatamente naquela data do prefácio, acima referida (15.05.2013), o telefonema:

Na quarta-feira, dia 15 de maio de 2013, o voo de Brasília para o Rio de Janeiro pousara com atraso. Eu tentava vencer o tráfego rumo à Faculdade Nacional de Direito, onde falaria na solenidade de entrega do título de Doutor *Honoris Causa* ao professor Paulo Bonavides, decano dos constitucionalistas brasileiros. Ele próprio me convidara, para minha honra e alegria. Quando eu chegava ao velho prédio do Caco, toca o telefone. Do outro lado da linha, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo: “Professor, a presidente gostaria de conhecê-lo. O senhor pode vir até aqui para irmos ao Planalto”. Expliquei que estava no Rio, para um compromisso que era ao mesmo tempo acadêmico e afetivo. Não tinha como retornar. “E amanhã?” Expliquei que estaria em Natal, para falar na abertura de um Congresso. “Melhor cancelar”, disse ele. “É importante”. Constrangido, avisei aos organizadores do evento que não poderia estar lá por um motivo de força maior e voltei para Brasília. Na manhã de sexta-feira, dia 17 de maio, a presidente recebeu-me em seu gabinete.<sup>119</sup>

Sua narrativa sobre ser nomeado e empossado Ministro do STF tem um ponto alto, quando menciona que estar no Supremo “É quase como estar no céu sem precisar morrer”<sup>120</sup>. Uma questão a ser ressaltada,

113 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20.

114 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 404.

115 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327-416; STRECK, Lênio Luiz. Leis que aborrecem devem ser inquinadas de inconstitucionais! In: \_\_\_\_\_. STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 1. p. 118.

116 ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 18-20.

117 DILMA indica constitucionalista Luís Roberto Barroso para o STF. *G1*, 23 de maio de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/dilma-indica-constitucionalista-luis-roberto-barroso-para-o-stf.html>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

118 HIDAR, Rodrigo. Tensão entre poderes: ativismo judicial dá o tom da sabatina de Barroso. *Conjur*, 05 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/ativismo-judicial-tom-sabatina-luis-roberto-barroso-ccj-senado>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

119 BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2013: as ruas, a opinião pública, a constituição e o Supremo. *Conjur*, 26 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opinioao-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

120 BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2013: as ruas, a opinião pública, a constituição e o Supremo. *Conjur*, 26 de dezembro

embora pareça filigrana, é que Luís Roberto Barroso chama Dilma Rousseff de presidente (com a letra “e” no final), nos dias 15 e 17 de maio de 2013 — e no relato do dia 26.05.2013 —, mas na sabatina perante o Senado a chama de presidenta (com a letra “a” no final)<sup>121</sup>.

Sobre o fato de Luís Roberto Barroso dizer que estar no STF representaria “quase estar no céu sem precisar morrer”, mais do que representar uma autêntica “condição Adâmica do Magistrado”, revela uma certa ambição mais do que pretensiosa, que já havia sido criticada por João Costa Neto, mencionando que o STF ainda não havia descoberto na Constituição o “conceito de humildade constitucional”. Especificamente sobre Luís Roberto Barroso, João Costa Neto observou de maneira ácida:

[...] defensor do assim chamado neoconstitucionalismo, afirmou, em mais de uma palestra, que os professores de Direito Constitucional, atualmente, tornam-se especialistas em todas as matérias. No seu caso, ele mencionou com orgulho o fato de ter atuado em processos como o da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias e o da extradição do ex-militante da esquerda italiana Cesare Battisti diante do STF. O novo Ministro do STF disse que: “Tornei-me especialista em fertilização *in vitro*, nos anos de chumbo da Itália e tantas outras questões. Tanto que incluí no meu cartão: ‘Jogo búzios, prevejo o futuro e trago a pessoa amada em três dias.’” Parece claro que a arrogância de alguns constitucionalistas impede-os de enxergar que a legislação infraconstitucional é que deve solucionar a maioria dos conflitos entre valores constitucionais, inclusive entre direitos fundamentais.<sup>122</sup>

Em sua sabatina no Senado, Luís Roberto Barroso cita inicialmente José Ortega y Gasset, e invoca uma humildade que contrasta com a assertiva de João Costa Neto, acima referida, dizendo que se apresentaria por inteiro, com suas visões de mundo e sobre as instituições:

Eu penso ser um direito dos senhores, do Senado e da sociedade brasileira saberem um pouco sobre a minha trajetória pessoal, sobre a minha concepção de mundo e sobre a minha visão das instituições. E porque é um direito dos senhores é um dever meu, e passo a me desincumbir dessa tarefa, mas devo dizer, por dever meu, e passo a me desincumbir dessa tarefa, mas, devo dizer, por dever que por desejo de me apresentar, tentando superar um pouco a inibição inicial.

Gostaria de dizer, desde logo, que me submeto ao Senado com grande humildade. Preparei-me com muito empenho para estar aqui.

Tenho trafegado pela vida tendo em mente sempre uma advertência de Ortega y Gasset, que dizia: “Entre o querer ser e o crer que já se é vai a distância entre o sublime e o ridículo”. Portanto, estou aqui com aplicação e humildade para submeter meu nome ao Poder Legislativo do Brasil.

Na sequência de sua manifestação, alega que nunca aspirou efetivamente a ocupar o cargo de Ministro do STF em razão de outros dois ministros do Supremo serem oriundos da mesma cidade que ele (Vassouras, RJ), alegando tal questão de maneira retórica, quase como um tribuno parlamentar, e o auditório para o qual falara era constituído eminentemente por Senadores.

Faz uma menção sobre sua formação escolar, dizendo de suas escolas, e posterior graduação em Direito na UERJ, mas pula evidentemente de maneira proposital sua militância acadêmica, deixando nesse ponto de se entregar por inteiro, e, portanto, contrariando sua alegada intenção inicial. Até porque, como se observará da leitura de excertos da Sabatina, pairará certa dúvida acerca de qual partido político teria vinculações ideológicas.

É que Luís Roberto Barroso, em depoimento prestado para os 70 Anos da UERJ, faz um rico relato de sua militância estudantil-político-partidária, que não tem importância para julgá-lo de maneira pejorativa oulouvaminheira, mas apenas para contextualizar o fato de que ele não se deu por inteiro ao Senado. Segue,

de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opinio-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

121 Embora pareça uma “filigrana”, essa questão demonstra certa “adulação”, pois chamar Dilma Rousseff ora de Presidente (com “e” ao final), ora de Presidenta (com “a” ao final), especialmente em razão de toda a polêmica que circunda a questão.

122 COSTA NETO, João. Humildade constitucional: o conceito que o STF ainda não “descobriu” na Constituição, e o retorno à legalidade. *Crítica Constitucional*, 15 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/480/>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

portanto, excerto da narrativa do próprio Luís Roberto Barroso em 2005 sobre suas atividades oriundas do movimento estudantil:

Às vezes as reuniões eram na casa dela, às vezes eram aqui na faculdade, às vezes eram no Petisco e excepcionalmente, - mas isso era o pessoal que tinha um pouquinho mais de grana -, ali no Baixo Leblon, Diagonal, Pizzaria Guanabara. E ali se reunia o pessoal ligado ao Partidão, que era o nome de guerra do PCB. Uma curiosidade do movimento estudantil é que não tinha a direita, porque a direita estava no poder.

Não tinha nem direita, nem liberais! Porque a direita, os conservadores e os liberais (estes nem tanto) estavam no poder. Então não havia nenhuma mobilização neste sentido. Portanto, o movimento estudantil se dividia em diferentes segmentos de esquerda. Esta era a curiosidade. A facção menos à esquerda era a do velho “Partidão”, dos socialistas, da esquerda democrática - onde eu me incluía, eu não era do ‘Partidão’ -, e os liberais assim mais progressistas.

E aí estes grupos se segmentaram. E no grupo de resistência - porém sem radicalismo, sem considerar a opção de luta armada contra a ditadura -, ficamos basicamente a Rita e eu, que éramos as lideranças: o nosso grupo se chamava ‘Construção’. E a liderança da ala mais à esquerda - o grupo deles -, se chamava “Participação” (que depois se uniu com outras tendências de esquerda, como o MEP).

Além de não se doar “por inteiro” ao Senado, parece necessário observar que, durante a sabatina de Luís Roberto Barroso, o tema “Ativismo Judicial” aparece 14 (quatorze) vezes de maneira explícita, e que merecem ser retomadas.

Inicialmente a pergunta do Senador Vital do Rêgo (PMDB/PB), sobre qual seria a concepção do então indicado Luís Roberto Barroso sobre o “Ativismo Judicial”, e sobre o que pensava sobre este tema em relação à separação dos Poderes:

O SR. VITAL DO RÊGO (Bloco/PMDB – PB) – Prof. Luís Barroso, [...] Como compreende V. S<sup>a</sup> as questões pertinentes ao chamado ativismo judicial nos tempos atuais? Cabe aos magistrados formular e editar regras de procedimentos gerais e abstratas decorrentes diretamente do Texto Constitucional ou tal procedimento fere o princípio democrático elementar da separação dos Poderes? A edição de normas gerais por magistrados e tribunais não estaria ofendendo prerrogativas desse Poder?

O tema volta a ser questionado e salientado pelo Senador Álvaro Dias (PSDB/PR), que também atribui necessidade em saber de Luís Roberto Barroso, após criticar o modelo de Sabatina dos indicados para o STF, quais seriam os limites da “criação judicial dos direitos”, vinculando a pergunta ao “Ativismo” da indagação anterior, e a separação de Poderes, sobre a manutenção do equilíbrio entre os Poderes:

O SR. ALVARO DIAS (Bloco/PSDB – PR) – Presidente Anibal Diniz, Presidente Vital do Rêgo, as minhas homenagens aos colegas, as minhas homenagens ao Dr. Luís Roberto Barroso, ao Dr. Marcus Vinicius, ao Ministro Luis Felipe Salomão, que nos honra com a sua presença. Nós não podemos perder a oportunidade para a crítica. Parece-me que estamos banalizando este momento, um momento que deveria ser exponencial na vida pública brasileira, o da indicação de um Ministro para o Supremo Tribunal Federal. Os seis meses permitiram, inclusive, campanha eleitoral. Só não vimos comitês eleitorais instalados. E eu não creio que essa seja a melhor forma de se escolher um Ministro para o Supremo Tribunal Federal.

A crítica tem que ter o sentido da construção, e o objetivo é exatamente ouvir o Ministro Luís Roberto Barroso sobre eventuais sugestões para que possamos aprimorar esse processo de escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Já tivemos lances inusitados, histórias contadas por atuais Ministros sobre a trajetória percorrida para chegar até o Supremo Tribunal Federal, momentos nada republicanos nessa trajetória.

Sabemos que esta sabatina é uma formalidade. O País sabe que é uma formalidade, que ela não é definidora. A decisão está tomada, e o Senado funciona, como tem funcionado quase sempre — é regra geral —, como a chancelaria do Poder Executivo. O Senado avaliza independentemente das qualidades do indicado. Neste caso, não temos nenhuma dificuldade em afirmar que o indicado atende a todos os pressupostos constitucionais básicos e elementares para que alguém possa ocupar o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal: qualificação profissional, trajetória jurídica percorrida, conteúdo, probidade



e todos os elementos indicativos da boa escolha. Mas veja que levamos seis meses apesar disso tudo.

Seria bom que o futuro Ministro pudesse sugerir mudanças em relação a esse estratagem de escolha de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Indago a partir de uma expressão que o Ministro acaba de utilizar, definindo como momentos de tensão no estabelecimento dos limites de atuação dos Poderes. Ai está a razão das perguntas, muitas delas, do Senador Vital do Rêgo sobre judicialismo, sobre ativismo judicial etc.

Modernamente estamos diante de alguns casos concretos — poderíamos citar nepotismo, fidelidade partidária, questões ligadas ao aborto, à união homoafetiva — de criação do direito subjacente em decisões judiciais. Essa foi, inclusive, a indagação do Senador Vital do Rêgo. O importante é saber: quais são os limites? Como estabelecer esses limites? Quais são os limites desse poder da criação do direito subjacente em decisões judiciais?

O tema volta a ser questionado pelo Senador Ricardo Ferraço (PMDB/ES), que utiliza o *twitter* para receber e repassar uma pergunta sobre o que seria “Ativismo bom” e “Ativismo ruim”, a partir de anterior alegação de Luís Roberto Barroso:

O SR. RICARDO FERRAÇO (Bloco/PMDB – ES) – Dr. Luís Roberto Barroso, [...] Eu recebo, Sr. Presidente, também aqui pelo Twitter — porque nós temos uma prática, no Senado, de uma ação interativa, e quero crer que não apenas eu, mas outros colegas Senadores estejam também recebendo indagações —, uma pergunta do Dr. Saulo Salvador, que indaga o seguinte a V. Ex<sup>a</sup>, através da minha intervenção: “O Prof. Barroso disse, por mais de uma vez, que, ante a mora do Congresso, cabe à vanguarda do Supremo Tribunal Federal promover os avanços; defendeu que existe um ativismo bom e um ruim. O critério para diferenciar é o juízo pessoal dos ministros? Não seria isso antidemocrático? Para V. Ex<sup>a</sup>, onde está a linha que não se ultrapassa na soberania do Congresso Nacional?”

Atualmente, afirma-se que o Judiciário, ao decidir certas questões, tem invadido esfera própria de competência do Poder Legislativo. O tema não é simples e decorre de, na falta de legislação adequada proveniente do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal tomar decisões, que, ao ver de muitos, inovam a ordem jurídica, o que não seria próprio. Contudo, quando a Constituição dispõe num sentido de que determinados programas e objetivos sejam cumpridos, o que supõe legislação a ser implementada pelo Congresso Nacional e este se omite a respeito, fica o Tribunal na difícil posição de ou também se omitir ou dispor sobre a matéria até que o Legislativo o faça.

Como deverá se comportar o juiz em situações em que não é clara a distinção entre os domínios do direito e o domínio da política? Para ele, por força do chamado ativismo judicial, tomar decisões que inovam a ordem jurídica e que deveriam ser da competência do Congresso Nacional, qual o limite, enfim, da discricionariedade do Supremo Tribunal Federal nessas situações e circunstâncias?

O Prof. Barroso, em obra publicada na revista do Direito Público, vol. 55, sob o título “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”, afirmou que o Judiciário não exerce vontade própria, não deveria criar regras, não podendo, em consequência, inventar o Direito do nada.

A tais indagações, em linhas gerais, respondeu Luís Roberto Barroso, da maneira como colacionado abaixo, dando-se destaque para a utilização frequente do termo “Ativismo Judicial”, e sem responder de maneira objetiva sobre “Ativismo bom” e “Ativismo ruim”, e sendo bastante analítico sobre o ponto, ele não respondeu de maneira alguma as questões como elas mereciam ser respondidas sobre esse tema:

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — Sr. Presidente, [...] Diante da exiguidade do tempo, vou procurar responder com a maior objetividade possível, mas continuarei à disposição se alguém quiser aprofundar alguma questão.

Começo pela primeira indagação do Senador Vital do Rêgo a propósito do ativismo judicial e se ele fere o princípio democrático.

Eu faço uma distinção entre judicialização e ativismo.

A judicialização no Brasil decorre de uma questão institucional. A Constituição brasileira é extremamente abrangente. Ela cuida de uma grande quantidade de matérias.

Como os senhores bem intuirão, trazer uma matéria para a Constituição é de certa forma retirá-la da política e trazê-la para o Direito. Na medida em que exista uma norma constitucional, existem pretensões que podem ser veiculadas.

Como a Constituição cuida do sistema tributário, do sistema previdenciário, do sistema educacional, de crianças, de adolescentes, de idosos, de meio ambiente, compreensivelmente essas questões terminam sendo judicializadas.

Portanto, a judicialização é um fato decorrente de um arranjo institucional que nós temos.

Já o ativismo é primo da judicialização, mas não é a mesma coisa. O ativismo é uma atitude. É uma postura de interpretação da Constituição e do Direito mais expansiva por parte do Poder Judiciário, muitas vezes com base em um princípio, criando uma regra específica que não estava prevista nem na Constituição, nem na legislação.

Retomando o argumento que sustentei anteriormente, penso que, quando haja um ato do Congresso, uma manifestação política do Congresso ou mesmo do Presidente da República, o Judiciário não deve ser ativista. O Judiciário deve ser autocontido e respeitar a deliberação política. Porém, situações há em que o Judiciário precisa resolver um problema e não há norma editada pelo Congresso. Foi o que aconteceu no caso de anencefalia. Portanto, o Poder Judiciário entendeu que uma mulher deveria ter o direito de interromper a gestação na hipótese de o feto ser anencefálico, portanto não ter cérebro e não ter viabilidade de vida extrauterina.

E o Judiciário entendeu, a meu ver com acerto — respeitando quem pensa diferentemente —, que obrigar uma mulher que faz o diagnóstico no terceiro mês a permanecer com mais seis meses de gestação, para ao final dessa gestação o parto para ela não ser uma celebração da vida, mas um ritual de morte, o Judiciário entendeu que essa mulher deveria ter o direito de interromper a gestação. Eu penso que entendeu corretamente. Essa foi uma decisão, em alguma medida, criativa? Penso que sim. Essa foi uma medida desrespeitosa ao Congresso? Penso que não, porque no momento em que o Congresso legislar a respeito, é essa a vontade que vai prevalecer.

A mesma hipótese ocorreu com uniões homoafetivas. Não havia no direito brasileiro uma regra específica para tratar dessa questão. Mas há uniões homoafetivas, esse é um fato da vida, e o juiz precisa decidir se há direito à sucessão, se o patrimônio é comum, se na hipótese de venda de um bem o casal homoafetivo deve assinar junto. Portanto, os problemas surgem. Como o Congresso, compreensivelmente, tem dificuldade de produzir uma norma nessa matéria, o Judiciário teve que produzi-la.

Portanto, eu acho que se alguém quiser chamar isso de ativismo, que eu acho que talvez seja uma denominação um pouco pejorativa, eu acho que essas decisões são legítimas. Portanto, onde faltava uma norma, mas havia um direito fundamental a ser tutelado, eu acho que o Judiciário deve atuar. Quando o Congresso tenha atuado ou atue posteriormente, essa é a vontade que deve prevalecer.

[...]

O SR. LUIS ROBERTO BARROSO — Senador Aloysio Nunes, agradeço a fidalguia, a distinção da sua arguição, bem como a profundidade. Uso, mais uma vez, em trabalhos meus, a expressão criação judicial do Direito. Em parte, é uma superação do positivismo jurídico. Diante da indagação de V. Ex<sup>a</sup>, sinto-me na circunstância de ter de explicitar o que quero dizer com criação judicial do Direito.

Na concepção jurídica tradicional liberal positivista, como V. Ex<sup>a</sup> observou, o juiz desempenhava — e ainda desempenha em muitas situações — uma atividade, um tipo de raciocínio jurídico que funciona mais ou menos assim: a lei é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a sentença é a conclusão que ele produz enquadrando o fato relevante na norma. Portanto, o raciocínio jurídico típico é um raciocínio silogístico. Esse é o silogismo, a premissa maior à lei, o fato e a conclusão. Esse raciocínio jurídico resolve muitos problemas, mas não resolve uma boa quantidade de problemas constitucionais, sobretudo porque, no mundo contemporâneo, muitas vezes não há uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico.

Eu vou dar a V. Ex<sup>as</sup> um exemplo que estava em todos os jornais. E estava ontem, por acaso, o protagonista dele, que é o grande cantor e ídolo popular Roberto Carlos, visitando Brasília. O que aconteceu no caso do cantor Roberto Carlos? Um jornalista escreveu uma biografia não autorizada sobre a vida desse importante ícone da música popular brasileira. O cantor Roberto Carlos foi a juízo e pediu a proibição

da divulgação daquela obra que era a sua biografia, invocando violação do seu direito de imagem e violação do seu direito de privacidade, dois bens jurídicos, Senador, constitucionais, previstos no art. 5º da Constituição. Vem o jornalista e diz: “Espere aí. É a minha liberdade de expressão e o direito à informação. É o direito de informação do público, a propósito de uma personalidade pública!” Qual é o problema nessa disputa que se estabeleceu? O problema é que os dois lados têm razão, os dois lados têm argumentos constitucionais valiosos a seu favor. Evidentemente, não vou cometer a imprudência de dizer qual é a solução que acho correta, pelo menos não nessa contingência agora, mas eu quero dizer que o juiz, para produzir a solução deste caso, não pode utilizar o método tradicional de raciocínio, que é enquadrar o fato — a invocação de que uma biografia não autorizada não pode — em uma norma. Por quê? Porque há quatro normas antagônicas que postulam incidência nesse caso, de modo que o juiz vai ter de construir argumentativamente a solução desse problema e demonstrar por que ele acha que, naquele caso, ele deve prestigiar a liberdade de expressão ou ele deve prestigiar o direito de privacidade.

Essas situações ocorrem no mundo contemporâneo recorrentemente. Quem assistiu ou acompanhou a discussão da implantação dessas duas usinas hidrelétricas na Amazônia, também assistiu a um debate em que, de um lado, estavam os ambientalistas, que diziam que a usina causaria grande impacto ambiental, além de desalojar as populações ribeirinhas, e, do outro lado, o Presidente da República ou a Presidenta da República dizendo: “Eu tenho um compromisso com o desenvolvimento, que também está previsto na Constituição; preciso aumentar o potencial energético do País e a melhor opção, por muitas circunstâncias, é a energia elétrica.”

De novo, nós temos um debate em que os dois lados têm direitos constitucionais relevantes e, portanto, ninguém pode dizer que a solução para este problema está pré-pronta no ordenamento jurídico. Quando isso acontece, o juiz tem de, argumentativamente, criar a solução. Essa é a ideia que procuro transmitir quando falo em criação judicial do Direito. Não é inventar uma norma que não existe; é reconhecer que, muitas vezes, a norma não trará a integralidade da solução e ele precisará complementar o sentido da norma.

Aí, há uma questão muito interessante — e queria não amolar os senhores com **miudezas doutrinárias**: é que, tradicionalmente, a legitimação da função do judiciário é baseada na separação de Poderes; quem tem voto cria o direito, e o Judiciário, que não tem voto, desempenha uma função técnica de aplicar o direito já criado à situação da vida. Nesses casos desses exemplos que dei, o juiz vai ter que criar parte do Direito, de modo que, nesses casos, reforça-se o seu dever de argumentação jurídica. Ele precisa demonstrar, lógica e racionalmente, por que aquela solução é a constitucionalmente mais adequada; por que, naquele caso concreto, a liberdade de expressão deve prevalecer, e não o direito de privacidade. É esse o sentido da expressão.

A propósito da anencefalia, nós tínhamos três grandes teses, respondendo à sua pergunta se houve ou não criação judicial do Direito. A primeira tese é de que não é aborto, porque, como o feto não tem potencialidade de vida, vida não havendo, não há cessação da vida pela interrupção da gestação. Este era o argumento um. O argumento dois era de que o Código Penal era de 1940. Ele só não previa esta excludente, ao lado do estupro e do risco de vida para a mãe, porque não havia meio tecnológico de se fazer o diagnóstico da anencefalia em 1940. Mas agora há. E, verdadeiramente, interromper a gestação no caso de feto anencefálico é menos do que interromper no caso de estupro, onde a potencialidade de vida é evidente.

E a terceira e última é um argumento que eu já havia respondido ao Senador Pedro Taques. Impor a uma mulher que faz o diagnóstico no terceiro mês levar a gestação até o nono mês, portanto, ter de dormir e acordar, durante seis meses, com a consciência de que carregava no ventre o filho que não iria ter, seria impor um sofrimento imenso, inútil e evitável a essa mulher. Viola a dignidade da pessoa humana impor esse tipo de sofrimento. De modo que o princípio da dignidade paralisaria, neste caso específico, a incidência da norma que criminaliza o aborto.

Eram esses os argumentos.

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — O objetivo era exatamente que o senhor explicitasse o raciocínio político a partir desse caso concreto.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — Muito obrigado. Na questão da união homoafetiva, havia – V. Exª tem toda razão — um obstáculo difícil de ser transposto era o art. 226, §3º, da Constituição, que diz: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”

De modo que quem era contrário argumentava que a Constituição fala apenas em união estável entre homem e mulher. Então, construímos um argumento. E, para dar o crédito, trabalhava comigo, participou da discussão, teve insights muito bons, o hoje Secretário-Geral do Conselho Federal da OAB — Presidente Marcus Vinícius — Cláudio Pereira de Souza Neto. O argumento que construímos foi de que o art. 226, §3º da Constituição foi inserido para proteger a mulher não casada. A união estável virou uma categoria constitucional para proteger a mulher não casada, porque havia na sociedade, ainda, um grande preconceito contra a mulher que vivia conjugalmente com um homem sem ser casada.

De modo que, com esse dispositivo, a mulher que vivia em união estável com um homem sem ser casada passou a integrar o que a Constituição chama de família legítima, entidade familiar legítima. Esse dispositivo foi incluído para acabar com a discriminação contra a mulher. Assim, seria trair o seu objetivo interpretá-lo como um dispositivo que permite discriminar os homossexuais. Portanto, esse foi o argumento que se criou para superar o único obstáculo normativo que havia. Acho que é verdadeiro e acredito nele.

Fora isso, acho que o princípio, para ficar em um só, na dignidade da pessoa humana. As pessoas, na vida, têm o direito de escolher os seus projetos existenciais, de fazerem as suas valorações morais, se não estiverem interferindo no direito de ninguém. **Então, duas pessoas maiores e capazes que escolhem viver uma relação homoafetiva têm todo o direito de fazê-lo. As pessoas têm o direito de colocar o seu afeto onde mora o seu desejo. É assim que deve ser vivida a vida.**

V. Ex<sup>a</sup> disse que eu não defendi o suficiente as minorias parlamentares. **Todo direito constitucional é uma defesa das minorias parlamentares.**

**Eu só disse, e acho que é uma inevitabilidade, que, ao demarcar o quanto queremos e não queremos de judicialização, nós estaremos em alguma medida demarcando o quanto queremos ou não de proteção às minorias parlamentares.**

Há uma decisão formidável do Supremo, do Ministro Celso de Mello, depois ratificada, em que uma determinada CPI não era constituída porque as maiorias não escolhiam os integrantes das CPIs, e o Ministro Celso de Mello, numa decisão ousada, criativa, própria, de proteção às minorias, disse que a CPI é um instrumento de exercício de poder político pelas minorias. Portanto, a maioria não pode frustrar a instalação de uma CPI, e ela tem de nomear as maiorias ou ter uma fórmula de os integrantes.

Acho que essa foi uma decisão acertada, de proteção das minorias. Mas, repito, é uma inevitabilidade. **Quanto mais se protegerem as minorias, mais vai haver interferência do Judiciário no processo legislativo.**

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — **Na medida em que haja maiorias tirânicas e que afrontem a Constituição, não tem jeito.**

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — Assim funciona. Estava em John Stuart Mill há mais de dois séculos: a democracia também precisa se proteger contra a tirania das maiorias, V. Ex<sup>a</sup> tem toda razão.

O SR. PEDRO SIMON (Bloco/PMDB – RS) — **Se bem que, geralmente, a maioria democrática é aquela de que nós fazemos parte; a maioria tirânica são os nossos adversários. Essa é uma regra...**

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — **Não, não é o meu caso. Não compartilho desse ponto de vista.**

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — **Senador Pedro Simon, isso vale para a judicialização. Quando qualquer pessoa ou Parlamentar está de acordo, ele diz: “Foi uma bela interpretação da Constituição”. E, quando ele não está de acordo, ele diz: “Estão invadindo a competência do Legislativo”.**

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — **É o ativismo judiciário.**

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — Perdão?

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — **E diz que é ativismo judiciário.**

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — **Ativismo judicial. Assim funciona a vida. E não são os**

**outros; somos nós. As pessoas geralmente se sentem mais confortáveis quando prevalece a sua posição.”** (Sem os destaques no original).

Escudado atrás de um “Cliché”, (ativismo judicial), Luís Roberto Barroso revolveu e remexeu a superfície desse esconderijo linguístico e respondeu para que não tivesse que responder, de fato, às questões. Em dado momento afirma que não quer amolar os Senadores com “miudezas doutrinárias”(!?), e em momento seguinte reduz o tema exatamente ao seu molde original, quando estabelece, em diálogo com os Senadores Pedro Simon e Aloysio Nunes, que será Ativismo Judicial aquilo que resultar de uma decisão com a qual não se concorde.

Observa-se que o discurso de Luís Roberto Barroso encantou a praticamente todos os Senadores, valendo destacar que o Senador Aécio Neves o elogiou em público, e o Senador Pedro Simon afirmou que nunca tinha visto um candidato como ele no Senado, diferente de todos que ele já havia visto, mesmo estando desde 1978 no Senado. Destacou o diálogo de entendimento:

O SR. PEDRO SIMON (Bloco/PMDB – RS) — [...] eu apenas diria o seguinte: Sr. Ministro, eu cheguei nesta Casa em 1978, há 37 ou 38 anos atrás. Eu não me lembro de alguém que tenha chegado com tanta simpatia, com tanto respeito e com tanta confiança como V. Ex<sup>a</sup>.

É interessante que é uma unanimidade em todos os partidos. Se é MDB, se é PDT, se é PT, se é PSB. Ninguém analisa nem faz ideia de qual é o seu partido. Quando eles falam com relação a isso, dizem que V. Ex<sup>a</sup> é um constitucionalista, um jurista brilhante.

Deu para ver, nesse pequeno espaço de tempo, que realmente, ao lado da imensa capacidade jurídica que tem, V. Ex<sup>a</sup> é uma capacidade impressionante de diálogo, de entendimento, de formação, de “co[n]sturação” de ideias. Eu, então, diria — e isso pode até ser considerado fora de momento —, que V. Ex<sup>a</sup> chega ao Supremo em um bom momento.

O Senador Aécio Neves por sua vez se diz sentir obrigado a mudar de postura, afirmando o acerto da nomeação:

O SR. AÉCIO NEVES (Bloco/PSDB – MG) — Ilustre Presidente, Senador Anibal, Presidente Vital do Rêgo, caríssimo Dr. Luís Roberto Barroso.

Na verdade, Dr. Luís Roberto, V. S<sup>a</sup> me obriga, nesse instante, a fazer algo que não costumo fazer desta tribuna e de nenhuma outra tribuna, até porque não tenho tido motivos para fazê-lo, mas V. Ex<sup>a</sup> me obriga a dizer daqui, para todo o Brasil, que, desta vez, a Presidente Dilma acertou.

V. Ex<sup>a</sup> preenche, e isso é claro, todos os requisitos para ocupar o assento [...].

Vale ressaltar que é o próprio Luís Roberto Barroso que disse sobre uma “superioridade da formação” dos Magistrados em relação aos políticos, e vale ressaltar que se destacou na sabatina seus dons de “construção de ideias”. Mas somente um grande orador, “quase-político”, com habilidades descomuns conseguiria responder a perguntas sobre delicados temas Constitucionais e se esconder atrás de um “Cliché” sem ser incomodado.

Observa-se que suas observações sobre “ativismo colesterol” não foram tocadas, e nem foi preciso, pois a *absentia* da resposta sequer foi notada ou reclamada. A separação dos Poderes foi reduzida a “miudezas doutrinárias”, e a “criação judicial do Direito” foi explicitada como uma inexorável contingência da vida, em que será Ativista a decisão com a qual não se concordar.

Com o perdão da metáfora, Luís Roberto Barroso colocou no bolso Senadores, políticos experimentados, experientes e que estão na Câmara Alta há muitos e muitos anos. Não se pode atribuir a questão a uma espécie de chancelaria protocolar a que se reduziu as Sabinas do Senado, como reconheceu e criticou o próprio Senador Álvaro Dias, anteriormente mencionado.

### 3. CONCLUSÃO

Observou-se, assim, que o termo “ativismo judicial” é utilizado de inúmeras maneiras distintas, mas não é devidamente problematizado, num contexto em que se discute academicamente a expressão sem que se remonte às suas origens.

Aliás, nota-se que a expressão “ativismo judicial” converteu-se em uma espécie de “clichê constitucional”, destinado à simplificação excessiva das questões a ela relacionadas, e, assim sendo, destinada a se tornar um argumento que na realidade passa a ser um “não argumento”.

Em relação a Luís Roberto Barroso, é interessante notar que esse Ministro do STF maneja com maestria o não argumento do “ativismo judicial”, criando uma variante que o banaliza, ao afirmar que ativismo judicial é como o colesterol: tem do bom e tem do ruim. Ou ainda, seria como um potente antibiótico.

A compreensão de Luís Roberto Barroso sobre o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal parece bastante perturbadora, não apenas porque afirma que o Judiciário exerceria papel de representação, mas por afirmar que o Judiciário seria mais democrático, e que os Juízes seriam mais preparados intelectualmente que os Parlamentares.

Ao ser ouvido perante o Senado, durante sua Sabatina, no entanto, Luís Roberto Barroso esqueceu-se de dizer aos ilustres Senadores da Câmara Alta que o Judiciário seria mais preparado, deixando de afirmar ainda sua crença na “condição Adâmica do magistrado”, que ao estar no STF seria quase como estar no céu, só que sem precisar morrer.

Na realidade, ao estar perante o Senado, quase como que hipnotizando “velhas raposas”, saiu ovacionado, sem responder de verdade a uma só pergunta sobre o ativismo judicial de maneira sofisticada, densa e profunda. Antes, escondeu-se atrás de clichês, e os clichês invocavam mais clichês, e os novos clichês criavam um novo vazio argumentativo que preencheu e pareceu ter reconfortado o ambiente.

Reduziu a separação de poderes a “miudezas doutrinárias”, e isso foi o bastante para que fosse aprovado e empossado no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi um pragmático, não apenas da “*realpolitik*”, mas também da “*realconstitutionis*”, seja lá o que isso queira dizer. Aliás, nem é preciso densificar o argumento, pois, pelo visto basta criar um novo clichê!

Não, nada disso. Parece que a expressão “ativismo judicial”, enquanto “clichê constitucional”, enquanto um argumento que nem mesmo é um argumento, deve ser abandonado, e devemos debater de maneira séria, densa, detida e profunda as questões constitucionais, criticando e constringendo epistemologicamente as decisões constitucionais e os pronunciamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, o Ministro Luís Roberto Barroso começou muito mal<sup>123</sup>, e no campo das ideias deve ser criticado, para que deixe de se esconder atrás de um “clichê constitucional”, e se abra para a academia, de maneira igualmente densa, detida e profunda, explicando e explicitando o que quer dizer “ativismo colesterol bom” e “ativismo colesterol ruim”, “ativismo antibiótico” e principalmente, o que tudo isso tem a ver com o STF ser o “motor da história”, e mais do que isso, que história é essa de descumprimento cronológico da “jurisprudência do STF”<sup>124</sup>, junto com papel representativo do STF.

123 A afirmação “começou muito mal” refere-se a sabatina de Luís Roberto Barroso perante o Senado. A propósito, observa-se a alegação de Luís Roberto Barroso de que o Brasil chegou ao novo milênio “atrasado e com pressa”. Parece que essa mesma observação poderia ser endereçada ao Ministro Luís Roberto Barroso, de que ele chegou ao STF “atrasado e com pressa”. Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 21., 2011, Curitiba. *Anais...* Curitiba: ExpoUnimed, 2011.

124 Sobre este último caso, a referência é a seguinte frase do Ministro Luís Roberto Barroso: “SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Como eu cheguei posteriormente à constituição dessa jurisprudência, eu me sinto à vontade para divergir dela”. Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 230.536/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJE*, 6 de agosto de 2014.

Não se observam coerência e consistência nas alegações do Ministro Luís Roberto Barroso, acima analisadas, e parece perturbador mais do que supor que esse julgador perfilhe um entendimento que tisna a invocação do papel de Poder Moderador por parte do STF, em que as decisões serão ao final das contas decididas basicamente pelo suplemento da ideologia e das convicções pessoais do Juiz.

Do que se deflui de tudo isso é que a expressão “ativismo judicial” está “aqui, ali e em todo lugar”, sem que se observe consensos mínimos de significado, vulgata vulgarizada, transformada em álibi argumentativo para se rotular uma decisão com a qual se concorde (ativismo judicial colesterol bom) ou com a qual não se concorde (ativismo judicial colesterol ruim).

Não se trata de combater a metáfora. Não se cuida de banir a expressão para que a coisa desapareça. Cuida-se de um clichê que se pauta pela excessiva simplificação de questões importantes e complexas, transformada em um “não argumento” para que se encerre um debate antes mesmo de inicia-lo. A expressão “ativismo judicial” não serve mais, se é que algum dia serviu, ao Direito Constitucional nacional.

São questões que precisam ser melhor explicitadas, e que poderia começar, sugestivamente pela ordem cronológica. Como referido no início: alguma coisa parece estar acontecendo aqui, mas não podemos esperar a resposta de Mr. Jones, e nem um jornalista de fim de semana pode pautar eternamente as discussões sobre temas tão mais complexos e delicados.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Memória jurisprudencial*. Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Análise constitucional: inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo. *Conjur*, 29 de dezembro de 2013.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARNETT, Randy E. Constitutional clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 492-510, 2008.

BARRETT, John Q. *Arthur M. Schlesinger Jr.: in action, in archives, in history*, 2007. Available at: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf>>. Accessed on: 17 aug. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Apresentação. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Anabolizante judicial: entrevista: Luís Roberto Barroso, advogado constitucionalista. *Conjur*, 21 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando\\_legislativo\\_mal\\_judiciario\\_toma\\_conta?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando_legislativo_mal_judiciario_toma_conta?pagina=3)>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 21., 2011, Curitiba. *Anais...* Curitiba: ExpoUnimed, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Entrevista concedida ao Grupo Folha: parte 2. *Poder e Política*, Brasília, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388983-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-luis-roberto-barroso-a-folha-e-ao-uol---parte-2.shtml>>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Fernando Rodrigues.

BARROSO, Luís Roberto. Introdução. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2013: as ruas, a opinião pública, a constituição e o Supremo. *Conjur*, 26 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opiniao-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria Loriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

BRECHT, Bertolt. O mendigo ou o cachorro morto. In: \_\_\_\_\_. *Teatro completo*. Tradução de Fernando Peixoto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. v. 1.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I). *RIDB*, ano 2, n. 6, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II). *RIDB*, ano 2, n. 7, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *RIDB*, ano 2, n. 8, 2013.

CAVALCANTI, Themístocles. O Supremo Tribunal Federal e a constituição. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto (Org.). *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos realizados na Universidade de Brasília entre 11 e 14 de setembro de 1978*. Brasília: EdUnB, 1982. (Coleção Temas Brasileiros, v. 25).

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, n. 9, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

COSTA NETO, João. Humildade constitucional: o conceito que o STF ainda não “descobriu” na constituição, e o retorno à legalidade. *Crítica Constitucional*, 15 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/480/>>. Acesso em: 17 ago. 2014.



- DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Trad. Clovis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência. *Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, Brasília, de 28 à 31 de julho de 2014. Texto enviado por Luiz Edson Fachin para o Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota, para o SJA – Seminário Jurídico Avançado “Um País sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.
- FROOMKIN, Michael. The metaphor is the key: cryptography, the clipper chip, and the constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, p. 709-897, 1995.
- FUMAROLI, Marc. Prefácio. In: PASCAL, Blaise. *A Arte de persuadir precedida de a arte da Conferência de Montaigne*. Trad. Rosemary Abílio e Mario Laranjeira. São Paulo: M. Fontes, 2004.
- GARDNER, James. The ‘states-as-laboratories’ metaphor in state constitutional law. *Valparaiso University Law Review*, v. 30, n. 2, p. 475-491, 1996.
- GOLDBERG, Jonah. *The tyranny of clichés: how liberals cheat in the war of ideas*. New York: Sentinel, 2012.
- HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, jan. 2000.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional as ‘living trees’? Comparative Constitutional Law and Interpretative Metaphors. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, v. 92, n.5, oct. 2004.
- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, D. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARKHAM, James. Against individually signed judicial opinions. *Duke Law Journal*, v. 56, p. 923-951, 2006.
- MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: biographical memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*, v. 153, n. 1, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Processo novo: uma breve retrospectiva sobre o que o Supremo não fez. *Conjur*, 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-23/processo-breve-retrospectiva-supremo-nao-fez>>. Acesso em: 05 nov. 2013.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/>>. Acesso em: 05 nov. 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002/2010*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: concurring and dissenting opinions. *American Bar Association Journal*, v. 38, n. 10, oct. 1952.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NOGUEIRA, Adalício. [Discurso]. In: SESSÃO ORDINÁRIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 21., 1966, Brasília. Ata da [...], em 10 de agosto de 1966: centenário do Ministro Pedro dos Santos. *Diário da Justiça*, 11 ago. 1966.
- NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Diário de classe: financiamento de campanha e o STF como ‘motor da história’. *Conjur*, 4 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-04/diario-classe-financiamento-campanha-stf-motor-historia>>. Acesso em: 01 set. 2014.
- POSNER, Richard. Como eu escrevo. Trad. Ana Caroline Pereira Lima, Thiago Santos Aguiar de Pádua. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1 jan.-jun. 2014.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, 1993.
- RODRIGO RODRIGUEZ, José. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FVG, 2013.
- SANTOS, Fernanda Ferreira dos. O clichê como esvaziamento do discurso: uma leitura de Bouvard et Pécuchet, de Gustave Flaubert. *Revista Litteris*, n. 9, 2012.
- SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, *Fortune*, v. 35, jan. 1947.
- SCHLESINGER JR., Arthur M. *A life in the 20th century: innocent beginnings, 1917-1950*. New York: Houghton Mifflin, 2000.
- SIRICO JR, Louis J. Failed constitutional metaphors: the wall of separation and the penumbra. *University of Richmond Law Review*, v. 45, jan. 2011.
- SOUZA JUNIOR, C. S. *O tribunal constitucional como poder- uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.
- STEWART, David O. A chorus of voices, *American Bar Association Journal*, v. 77, n. 50, 1991.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 1.
- STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2.
- STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: as palavras e as coisas na terra dos fugitivos. *Conjur*, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/senso-incomum-palavras-coisas-terra-fugitivos>>. Acesso em: 01 set. 2014.
- STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: o realismo ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’. *Conjur*, 2 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acesso em: 01 set. 2014.

SZE-MAN SIMONE, Yeung. *The rule of metaphor and the rule of law: critical metaphor analysis in judicial discourse and reason*. 2010. 133 f. Thesis (Master of Philosophy) – The University of Hong Kong, Hong Kong, 2010.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TUSHNET, Mark. Mr. Jones & the Supreme Court. *Green Bag*, v. 4, n. 2, p. 173-178, winter 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial**

**The procedure of the Supreme Court front the phenomena of judicialization of politics and of judicial activism**

Mariana Oliveira de Sá

Vinícius Silva Bonfim

# A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial\*

## The procedure of the Supreme Court front the phenomena of judicialization of politics and of judicial activism

Mariana Oliveira de Sá\*\*

Vinícius Silva Bonfim\*\*\*

### RESUMO

Este trabalho tem como objetivo estudar a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no que se refere aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, ambos estão em destaque no cenário da jurisdição constitucional brasileira e possuem sutis diferenças que possibilitam grandes distinções. Utilizou-se como metodologia estudo bibliográfico da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, além de análise da jurisprudência do STF. Faz-se uma apresentação das diferenças existentes entre os dois fenômenos para que se torne possível saber quando o STF está atuando legitimamente na efetividade de direitos e quando ele ultrapassa sua competência constitucional, agindo, portanto, de forma discricionária. Desse modo, chegou-se à conclusão de que a linha é tênue entre a judicialização da política e o ativismo judicial. A teoria do direito, como integridade de Ronald Dworkin, que subsidiou a pesquisa, possibilita a construção de alicerce de princípios que estrutura e fundamenta as raízes de uma democracia constitucional. Assim, o artigo além de realizar as distinções entre ambos os fenômenos, traz também alguns casos práticos que contribuem para melhor esclarecimento da distinção entre diretriz política e princípios de direito. Trata-se de trabalho de grande relevância para o contexto jurídico atual, e de originalidade na forma da distinção realizada entre o ativismo judicial e a judicialização da política.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Jurisdição Constitucional. Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Democracia.

### ABSTRACT

This work aims to study the role of the Supreme Court (STF) in relation to the phenomena of judicialization of politics and judicial activism, both are featured in the scenario of Brazilian constitutional jurisdiction and have subtle differences that enable large distinctions. Was used as a bibliographic study methodology of the theory of law as integrity of Ronald Dworkin, and analysis of the Supreme Court jurisprudence. It will be a presentation

\* Recebido em 30/10/2014  
Aprovado em 17/01/2015

\*\* Graduanda em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Monitora das disciplinas Teoria Geral do Direito e Direito Civil da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais. E-mail: marianaoliveiradesa@yahoo.com

\*\*\* Mestre e Doutor em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PPGD – PUCMINAS. Professor de Direito Constitucional, Teoria do Estado e Ciência Política na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo (FAC). E-mail: bonfimbh@hotmail.com

of the differences between the two phenomena so that it becomes possible to know when the Supreme Court is acting legitimately in the effectiveness of rights and when it exceeds its constitutional authority, acting therefore a discretionary basis. Thus, we come to the conclusion that the line is blurred between the judicialization of politics and judicial activism. The theory of law as integrity of Ronald Dworkin which supported the research, allows the construction of a foundation of principles that structure and founded the roots of a constitutional democracy. So, Article besides carrying out the distinctions between the two phenomena, it also brings some practical cases that contribute to better understanding of the distinction between policy guidelines and principles of law. This is of great relevance to the current legal environment work, and originality in the form of the distinction made between judicial activism and the judicialization of politics.

**Keywords:** Supreme Court. Constitutional Jurisdiction. Judicialization of Politics. Judicial Activism. Democracy.

## 1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, fundado no instituto da separação dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, que são independentes e harmônicos entre si. Mas, em cada momento histórico, pode-se diagnosticar uma atuação mais enfática de cada um deles. Exemplo disso foi o destaque dado ao legislativo nos séculos XVII e XVIII na Inglaterra, seja com o *Bill of Rights* ou até mesmo com a ideia utilitária, disseminada por Bentham, de que o legislativo teria primeiramente, a função de maximizar o bem estar da sociedade.<sup>1</sup>

No início do século XX, com o predomínio de políticas sociais, adotadas pelo fracasso da política liberal, o Poder Executivo ganhou destaque. No Brasil teve-se exemplos claros como Getúlio Vargas e Juscelino Kubistchek. Mas a centralização no executivo ficou ainda mais notória quando passou a ser arbitrária, ditatorial, entre 1964–1984.

Em pleno século XXI, o Poder Judiciário surge como protagonista, uma vez que se tornou vulgarmente como o guardião da Constituição, portanto, da democracia.

É nesse sentido que surge a necessidade de estudar a atuação do Poder Judiciário, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, a partir da finalidade de verificar se a instituição está atuando a partir de critérios de legitimidade e quais são os parâmetros estabelecidos para os limites dessa atuação que tem como escopo aplicar os direitos e garantias fundamentais.

Atualmente estão em destaque os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Vários são os motivos que contribuem para essa realidade, mas dentre eles, pode ser destacado como o principal o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988. Isto é, não pode o Poder Judiciário se abster de decidir uma demanda quando provocado.

Nesse contexto o objetivo deste estudo consiste em analisar os dois fenômenos principais que estão na pauta da jurisdição constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial.

Embora esses fenômenos sejam amplamente divulgados na contemporaneidade pela literatura jurídica, muitas vezes são citados como sinônimos. A grande maioria dos autores não distinguem judicialização da política e ativismo judicial, não apresentam as possíveis diferenças entre julgar politicamente e julgar problemas que são afins à política.

Nesse sentido, para a realização desta pesquisa, utilizou-se como metodologia o estudo bibliográfico das principais obras que tratam sobre o tema e análise da jurisprudência do STF. É notório que a intensa atua-

1 Para saber mais: BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova Cultura, 1989.

ção do Poder Judiciário na contemporaneidade é marcada pelo aumento do acesso ao judiciário.<sup>2</sup> Mas saber quando o STF está atuando legitimamente na efetividade de direitos e quando ele ultrapassa sua competência constitucional, agindo de forma discricionária, é o objetivo desse artigo. Essa questão será abordada a seguir, logo após breve explanação da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin.

## 2. A LEITURA DE RONALD DWORKIN PARA A COMPREENSÃO DA LEGITIMIDADE DA JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL

Compreender o ramo do direito e o conceito de política consiste em questão complexa e delicada, principalmente quando características de ambos os fenômenos sociais se misturam em um só problema: a efetividade dos direitos fundamentais.

Ronald Dworkin é, sem dúvida, uma das maiores autoridades no que tange à teoria da decisão. Em suas obras, o autor apresenta o cerne do problema de toda a teoria do direito: saber o que é o direito.<sup>3</sup>

O autor afirma que “vivemos na lei e segundo o direito”<sup>4</sup>, e nesse sentido, Pedron considera que,

O Direito está por todo lado na vida em sociedade, fazendo-se presente desde antes do nascimento e estendendo-se até após a morte de um indivíduo. É o Direito que estabelece a condição de cidadão, de empregado ou de empregador, de advogados, de proprietários, de cônjuge, de sócio etc. O Direito não é apenas algo restrito ao ambiente formal dos tribunais, mas transborda para além de suas construções. Ele apresenta-se como um soberano abstrato dotado, simultaneamente, de um escudo e de uma espada<sup>5</sup>.

Dworkin busca superar em sua teoria a tradição do direito natural e o positivismo jurídico. Ele reconhece a existência em prol dos indivíduos, de outros direitos além daqueles criados explicitamente pela legislação, pelos costumes ou pelo precedente judicial: são direitos cuja fonte reside em outras pautas de regulação de conduta, ainda que se trate de um caso controverso e que podem decorrer dos princípios ou das políticas públicas.

Assim, o filósofo trabalha o direito como um fenômeno interpretativo e estabelece três etapas de interpretação para que a interpretação construtiva seja o mecanismo apropriado ao estudo do direito enquanto prática social:

Primeiro, de acordo com Dworkin, deve haver uma etapa pré-interpretativa, na qual são identificados as regras e os padrões que se considerem fornecer o conteúdo experimental da prática. Mesmo na etapa pré-interpretativa é necessário algum tipo de interpretação. Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral, raciocinar no sentido de buscar formar um pensamento sistemático sobre determinada matéria. A etapa pós-interpretativa ou reformuladora, a terceira e última etapa, consiste na etapa na qual o intérprete ajusta sua ideia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa<sup>6</sup>.

2 Compreende-se, neste estudo, que a judicialização da política não se confunde com acesso à justiça, portanto, utiliza-se o termo acesso ao judiciário para fazer essa distinção entre os dois termos acima citados, uma vez que o simples acesso ao judiciário não garante o devido processo constitucional.

3 Esse questionamento é a essência do debate entre Hart e Dworkin, entre o positivismo e o pós-positivismo. Para saber mais: O modelo de regras I em: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. e HART, H. L. A. et al. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009.

4 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

5 PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009. p. 128.

6 LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em o império do direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7/8, p. 40, jan./jun., 2001.

O direito para Dworkin pressupõe dinamismo e permanente transformação, sem deixar de ser coerente, em virtude de ele compreendê-lo como integridade. A integridade, no domínio da legislação, é princípio político, que exige que as normas elaboradas pelos legisladores sejam moralmente coerentes, enquanto que, relativamente às decisões judiciais, exige dos juízes que o direito seja moralmente coerente, pelo que devem construir argumentos de forma integrada ao conjunto do ordenamento em vigor.

Para o autor, não basta que as instituições sociais sejam guiadas pelos ideais de equanimidade (*fairness*), justiça e devido processo legal (*procedure due process*), é necessário se ter presente a integridade. Ele sustenta que,

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equanimidade corretos<sup>7</sup>.

Desse modo, a integridade deve se aplicar à equanimidade, à justiça e ao devido processo legal. E assim, poderá exigir:

(1) que os princípios políticos necessários para julgar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados, ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada; (2) que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões do Legislativo sejam reconhecidos pelo resto do Direito; e (3) que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do Direito<sup>8</sup>.

É nesse sentido que a integridade, nos termos apresentados por Dworkin, pode ser desmembrada em dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na aplicação judicial. Isto é, a exigência de que os legisladores criem normas coerentes com o direito existente, e que os aplicadores do direito sejam coerentes ao decidir o que é o direito.

Desse modo, para Dworkin, os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante<sup>9</sup>.

Para o autor, as afirmações jurídicas são, ao mesmo tempo, posições interpretativas voltadas tanto para o passado quanto para o futuro<sup>10</sup>. O Direito é uma construção oriunda das convenções sociais e são elas que determinam quais instituições vão elaborar as leis, quais irão aplicá-las, e como devem fazer e aplicar.

Porém, não existe um direito completo, e, quando surge um problema que as leis não conseguem solucionar, o juiz utiliza da discricionariedade na aplicação do direito.

O poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições [...] por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar<sup>11</sup>.

Ao encontrar uma lacuna, uma ausência de norma para a aplicação e efetividade de um direito, o juiz precisa recorrer à discricionariedade, que, para Dworkin, só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém em geral é encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos<sup>12</sup>. Nesse sentido, o autor ressalta que o poder discricionário de um funcionário não significa que ele é livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas, apenas, que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular<sup>13</sup>.

7 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 202.

8 PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009. p. 132.

9 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 203.

10 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 272-273.

11 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 51.

12 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 50.

13 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 53.



Assim, o direito não só aconselha o juiz sobre a decisão que deve tomar, mas que eles têm um dever de reconhecer e fazer vigorar certos padrões que sob a orientação de princípios que constituem o ordenamento jurídico.

Princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>14</sup>.

Desse modo, o princípio não é apreendido simplesmente como uma regra segundo a qual, tudo o que o Parlamento promulga constitui direito. Um princípio de direito deve se fundar em uma teoria do direito que possa servir de justificação para a jurisdição.

Portanto, o direito não é apenas um conjunto fixo de padrões. Assim, os elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um problema envolvendo “direitos jurídicos”, incluem proposições como os princípios.

É importante destacar que o direito se constitui de regras e princípios, e que as regras estão sujeitas a interpretações, mas os juízes não podem modificar as regras estabelecidas, pois existem padrões obrigatórios que estabelecem o limite da sua atuação, mas ressalta-se que estas estarão submetidas à interpretação, portanto, podendo ganhar sentidos diferentes.

As regras criadas por leis estão sujeitas à interpretação e reinterpretação, por vezes mesmo quando disso resulta a não execução daquilo que é chamado de “intenção do legislador”. Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito [...] Existem padrões, obrigatórios para os juízes, que estabelecem quando um juiz pode e quando ele não pode revogar ou mudar uma regra estabelecida<sup>15</sup>.

Surge assim o problema: quando o juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? Para Dworkin, os princípios aparecem na resposta de duas formas: a primeira diz que é necessário que o juiz considere que a mudança da regra favorecerá algum princípio, porém não é qualquer princípio que pode justificar tal mudança, não é um critério dependente das preferências pessoais do juiz, mas deve levar em conta alguns padrões importantes que incluem, na maior parte, princípios, como o da “supremacia (?) do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo.

No mesmo diapasão, Dworkin manifesta-se quanto às decisões dos tribunais:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política — decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promover melhor o bem-estar geral — e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais<sup>16</sup>.

Dworkin em outras palavras afirma a necessidade de que o judiciário atue sobre os fundamentos de princípios, não é diretriz política. Duas metáforas fornecem o autor para retratar bem a ideia de integridade do direito: a do romance em cadeia e a do juiz Hércules.

Essas são ferramentas de interpretação, de reflexão, da prática jurídico-interpretativa. A ideia da metáfora do romance em cadeia pode ser sucintamente explicada da seguinte maneira: imagine que um conjunto de romancista decida escrever uma obra em conjunto. Portanto, cada um dos autores ficaria responsável por escrever um capítulo da obra, ordem que seria decidida por meio dos dados, determinando quem seria o primeiro a dar início à obra. O autor, por meio desse mecanismo de representação, demonstraria a necessidade de os demais autores, apesar de estes poderem mudar o trajeto da história, não poderem deixar de manter a

14 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 36.

15 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 59.

16 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005. p. 101.

coerência com os capítulos anteriormente escritos. Quer dizer, apesar de o autor do primeiro capítulo não determinar diretamente o fim da obra, o autor do último capítulo não pode deixar de manter a coerência com os fatos apresentados inicialmente, como uma corrente de ideias que se alteram, mas que mantêm o vínculo com o passado.

A ideia da Metáfora do Juiz Hercules em hipótese alguma deve ser interpretada no sentido de que se atribui ao magistrado forças as quais ele, enquanto civil, não teria. A metáfora consiste na ideia de que o magistrado deve fazer o maior esforço possível para que possa, por meio da interpretação dos Princípios, da Constituição, dos Precedentes e da história institucional, encontrar o melhor caminho para a aplicação do direito. Ou seja, o Juiz Hércules seria mais um dos intérpretes do ordenamento jurídico e da organização social, por isso deve necessariamente julgar de maneira coerente, e portanto fundamentada, todas as suas decisões, para que o próprio direito não seja desintegrado.

### 3. A DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Apesar de ambos os fenômenos serem amplamente divulgados na contemporaneidade pela literatura jurídica, muitas vezes tratados como se sinônimos fossem, ressalta-se que existem diferenças peculiares entre eles e que necessitam ser mais bem esclarecidas.

A atuação do Poder Judiciário na contemporaneidade é marcada pelas inúmeras demandas que são levadas à jurisdição constitucional. A inafastabilidade da jurisdição, não podendo o judiciário se abster de decidir uma demanda quando for provocado<sup>17</sup>; os textos constitucionais decorrentes do período pós I e II Guerra Mundial que ocasionaram o surgimento de novos direitos e de novas reivindicações por efetividade destes direitos<sup>18</sup>; o novo ordenamento jurídico com a Constituição de 1988 que rompe com o período autoritário anteriormente estabelecido<sup>19</sup>; um controle de constitucionalidade extremamente generoso e que possibilita a atuação do judiciário em assuntos diversos que necessitam de uma adequada interpretação constitucional<sup>20</sup> são todos motivos relevantes que configuraram a atuação do judiciário.

Porém, é importante trazer à baila que, em virtude de haver a separação dos poderes, há também a independência orgânica por especializações das funções. Algumas questões que *a priori* deveriam ser discutidas e decididas pelo Executivo e pelo Legislativo são discutidas e decididas na jurisdição constitucional do STF.

No entanto, o Judiciário pode ter um excesso de atribuições e afirmações de direitos sob a sua responsabilidade. Isso pode ocorrer até mesmo quando os outros dois poderes aplicam suas funções constitucionais ordinárias, mas ainda pode o tribunal ser provocado a atestar a constitucionalidade do entendimento anteriormente realizado.

Os Poderes são independentes e harmônicos e devem, cada qual, a partir de suas atribuições constitucionais, interpretar e aplicar a Constituição também. Não é privilégio da jurisdição do STF a interpretação da Constituição. Os outros poderes também a interpretam e, para isso, se estabelecem os freios e contrapesos das relações institucionais.

A questão é que o Judiciário na contemporaneidade exerce uma atividade em que ele é fundamental para o cumprimento da Constituição, já que qualquer descumprimento às diretrizes constitucionais por qualquer um dos Poderes também caberá provocação, para que, a partir do devido processo constitucional, “efetive” os direitos dos cidadãos.<sup>21</sup>

17 BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado de Salvador*, n. 13, jan./mar. 2009.

18 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

19 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 25.

20 BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado de Salvador*, n. 13, jan./mar. 2009.

21 O destaque em “efetive” é para demonstrar cuidado para que não haja uma banalização do termo.

Isso é o que o autor Bercovici chama de “instrumentalismo constitucional”, quer dizer, “consagrados os direitos pelo texto constitucional, basta apenas que o judiciário os aplique”.<sup>22</sup>

### 3.1. A judicialização da política

É nesse cenário jurídico, de excesso de litigiosidade, que o fenômeno da judicialização da política emerge no ordenamento jurídico brasileiro. O que se constata é que a vocação expansionista do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até a pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da vida privada.<sup>23</sup>

Não há razão para a consumação desse fenômeno. Tanto a estrutura institucional erguida pelo poder constituinte como os fatores históricos, políticos e sociológicos são importantes para pensar o fenômeno da judicialização da política.

Nessa perspectiva, Pogrebinschi afirma que:

Um fato que não pode mais deixar de ser ouvido sob o risco de ficar-se surdo, posto que fala cada vez mais alto, é o crescimento do papel institucional das cortes constitucionais e seu impacto político nas democracias contemporâneas. Esse não é um fato novo, porém é um fato que vem ganhando cada vez mais força e tornando-se paulatinamente mais explícito em lugares onde não o era antes. No Brasil, em particular, é um fato relativamente recente, que vem assumindo proeminência veloz e, ao que tudo indica, inexorável.<sup>24</sup>

Quando o judiciário é chamado a garantir um tratamento terapêutico, por exemplo, não faz nada além da sua própria atividade ordinária de concretizar os direitos fundamentais do cidadão litigante. Para Streck e Morais:

A democracia é a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo, uma vez que não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses, como procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados.<sup>25</sup>

O Judiciário não pode deixar de julgar casos de direitos em que é chamado a decidir, portanto, judicialização da política faz parte do rearranjo institucional que a democracia exige para que os direitos sejam respeitados. Mas, apesar de ser necessário o julgamento do Judiciário, esse não pode substituir “a arena pública de deliberação e formação da vontade pública institucionalizada”<sup>26</sup>. Veja o que dispõem Oliveira, Bahia e Nunes a respeito:

“Casos urgentes podem (e devem) receber “proteção” do Judiciário, mas haverá uma confusão entre “questões de princípio” e “questões de política” se a arena representativa for relegada a segundo plano e o Judiciário transformado em promotor de políticas públicas”<sup>27</sup>.

Grande parte dessas novas demandas que chegam ao tribunal constitucional diz respeito a temas que envolvem questões de políticas públicas e passa a fazer parte da jurisdição constitucional. É o contencioso do judiciário. Mas é importante esclarecer que, também, é do exercício do Poder Judiciário fazer a separa-

22 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 37.

23 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 15.

24 POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 175.

25 STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 109.

26 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. *Controle de constitucionalidade é jurídico, não político*. 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 06 out. 2013. p. 62.

27 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. *Controle de constitucionalidade é jurídico, não político*. 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 06 out. 2013.

ção dos argumentos de política (diretrizes políticas) e de direito (princípios), uma vez que se trata de uma democracia constitucional.<sup>28</sup>

O problema é que o judiciário sempre se encontra diante de um dilema: se assume postura intervencionista, imiscuindo-se até mesmo no controle de políticas públicas, é acusado de ativista [...]; se assume uma postura *self-restraining* [...] é criticado pela sua timidez ou conservadorismo.<sup>29</sup>

Importante ressaltar aqui que Streck assume postura quanto ao tema:

Afinal, de um lado, critica-se a invasão da esfera da legislação a partir do que os procedimentalistas chamam de ativismo judicial, jurisprudência de valores, comunitarismo ou constitucionalismo de efetividade; de outro, tem sido lamentado o uso da tese da reserva do possível e de outros artifícios de caráter *self-restraining*, aplicados indevidamente pelo Supremo Tribunal Federal. De minha parte, sempre tenho defendido a possibilidade da utilização da jurisdição constitucional para realizar direitos fundamentais sociais (inclusive, de políticas públicas), criticando, com veemência, a objeção representada pela invocação da “reserva do possível”<sup>30</sup>

A judicialização da política deriva de uma série de fatores que muitas vezes são alheios à jurisdição, mas que estão diretamente vinculados ao maior reconhecimento de direitos pelos cidadãos e pela ineficiência do Estado em implementá-los, o que ocasiona, portanto, “aumento de litigiosidade — característica da sociedade de massa”<sup>31</sup>. Barroso discorre a respeito da decorrência da judicialização da política:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria<sup>32</sup>.

Na verdade, a judicialização da política reflete o Judiciário que possui como pressuposto primeiro a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais. Por isso a judicialização da política não extrapola a função típica do Judiciário. Cabe lembrar a visão do exercício da judicialização da política e das relações sociais a partir do olhar sociológico:

De fato, a judicialização da política e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado de peritos na interpretação do direito e a “substituição” de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. Do mesmo modo, uma vida associativa ainda incipiente, por décadas reprimida no seu nascedouro, não se pode recusar a perceber as novas possibilidades, para a reconstituição do tecido da sociabilidade, dos lugares institucionais que lhe são facultados pelas novas vias de acesso à justiça.<sup>33</sup>

28 “No fundo o que se apresenta aqui é o constitucionalismo como um movimento político-ideológico que procura criar mecanismos para limitação do exercício do poder político. Limitação essa que se caracteriza e se define na ideia de *império da lei*, em contraposição a uma vontade política soberana daquele que exerce o poder político” TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 28. Sabe-se também muito bem, com as contribuições de Carl Schmitt, que prejudicaria e muito a transformação do Poder Judiciário em um órgão político: “Como frequentemente eu tenho a ocasião de advertir, tanto para o Direito constitucional como para o Direito das gentes, a consequência não seria uma judicialização da política, mas uma politização da justiça.” (tradução livre). (SCHMITT, 1983, p. 57). No original: *Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir tanto para el Derecho constitucional como para el Derecho de gentes, la consecuencia no sería una judicialización de la Política, sino una politización de la Justicia*”.

29 STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 4, p. 223-262, 2006.

30 STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 4, p. 223-262, 2006.

31 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

32 BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado de Salvador*, n. 13, p. 6, jan./mar. 2009.

33 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 43.

Ainda na mesma linha de raciocínio, Cittadino revela que:

[...] o processo de judicialização da política não precisa invocar uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, atuação dos tribunais, mas, sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer<sup>34</sup>.

Não é um ato que seja realizado por livre vontade ou por interferência proposital do judiciário. Como dito acima: é um ato que advém do contencioso. Bahia e Nunes advertem: “a judicialização serviria como técnica compensatória das deficiências das outras funções estatais (Executivo e Legislativo) em face de sua propagada ineficiência o que obscurece a crise institucional dessas funções”<sup>35</sup>. Barroso ao citar as causas da judicialização da política, as divide em três:

**A primeira** é a “redemocratização do país que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988”. **A segunda** é a abrangência da Constituição, quer dizer, em outras palavras, o fato de ela ser analítica e algumas vezes prolixa. **A terceira** causa é a abertura proporcionada pelo sistema de controle de constitucionalidade, que, ao ver do Ministro, é muito generosa<sup>36</sup>.

Ainda nessa mesma esteira, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu livro *Jurisdição Constitucional*, afirma que grande parte do motivo da judicialização está também no fato de a Constituição adotar modelo generoso de controle de constitucionalidade por ter como referência o modelo Europeu e o Norte-americano, quer dizer, modelo concentrado e difuso de constitucionalidade, atribuindo grande atuação ao judiciário no que diz respeito à validade normativa.<sup>37</sup>

A organização institucional deve ser pautada pelo exercício regular das atribuições de cada Poder, em consonância com suas funções ordinárias, de forma a não se pautar pela judicialização da política. Porém, a grande questão é que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo têm, atualmente, deixado de realizar alguns de seus atos típicos concedidos por meio da representação política decorrente do voto popular.<sup>38</sup>

Grande parte dos países, após a Segunda Guerra Mundial, teve a ocupação da cultura constitucionalista sobreposta à política majoritária. Essa perspectiva comparada é muito interessante para se perceber que não se trata de uma questão estritamente brasileira:

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.<sup>39</sup>

34 CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 39.

35 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. *Controle de constitucionalidade é jurídico, não político*. 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 06 out. 2013.

36 BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado de Salvador*, n. 13, p. 3, jan./mar. 2009.

37 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

38 Para os autores Bahia e Nunes: [...] a crise da democracia representativa tem levado, cada vez mais, demandas ao judiciário. Após a Constituição de 1988, ele tem sido utilizado como *tertium genus* diante da inacessibilidade de grupos ou demandas minoritários aos outros poderes. (BAHIA E NUNES, 2010, p. 62)

39 BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado de Salvador*, n. 13, p. 124-5, jan./mar. 2009.

Faz-se necessária menção dos limites de atuação do Poder Judiciário e de uma realidade que se pode constatar por meio das atuações dele em diversos países do mundo, bem como bem fizeram pioneiramente Neal Tate e Torbjon Vallinder no campo das ciências sociais.<sup>40</sup> A obra organizada pelos autores em 1995 conta com a presença de outros colaboradores que pertencem a diversas tradições jurídicas e mostrou que a expansão do direito, mais precisamente a problematização das intervenções judiciais, ocorreu em vários países sob a influência americana de jurisdição. Tassinari discorre a respeito:

Isto é, este movimento de intensificação da atividade judiciária, que contemporaneamente se vislumbra numa perspectiva global, já foi vivenciado pelos Estados Unidos, que, em razão disso, desde a instituição do controle de constitucionalidade (*judicial review*) em 1803, produziu um número de acervo literário, problematizando as atribuições, limites e competências do Poder Judiciário<sup>41</sup>.

Em suma, a judicialização da política não depende da vontade do órgão judicante, mas é uma demanda social que é ocasionada por reivindicações de direitos, acarretando aumento de litigiosidade.

Certo é que os poderes da União estarão em constante ajuste institucional na medida em que as demandas políticas emergirem na realidade institucional. A própria Constituição trata de realizar esses limites institucionais dos Poderes da União. Assim, não há que se falar em intervenção funcional de um Poder sob o outro. São especializações que a própria Constituição estabelece para as devidas funções dos seus Poderes, assim, a judicialização não pode ser interpretada como fenômeno prejudicial à democracia constitucional.

Nesse sentido, Pogrebinschi conclui:

O crescimento do papel político das cortes constitucionais consiste em uma oportunidade para a democracia exercer sua vocação experimentalista. Isso implica concebê-lo não como uma usurpação de funções das instituições representativas, mas como uma ampliação daquilo que se considera função representativa<sup>42</sup>.

A tomada de decisão do STF a respeito de temas políticos em que ele é chamado a decidir pode elevar o seu apreço social. A aceitação popular deve ser cautelosamente pensada no ordenamento jurídico brasileiro para evitar que condutas paternalistas e protagonistas ocorram sob esse clamor.

Por esse motivo deve-se distinguir a judicialização da política, fenômeno ordinário do contencioso do STF, do ativismo judicial, que, por outro lado, se apresenta como um excesso do Judiciário no exercício de suas atribuições constitucionais.

### 3.2. O Ativismo Judicial

O estudo sobre o ativismo judicial será necessário para apontar que, apesar dos diversos avanços políticos e jurídicos ocorridos no país, que são frutos de conquistas democráticas, ainda pode observar sua presença nas instituições brasileiras que praticam políticas ilegítimas pautadas na relação de custo benefício (utilitárias).

A democracia constitucional é incompatível com a atitude discricionária e decisionista, já que não cabe ao Judiciário fazer interpretação subjetivista para a tomada de decisão. Cabe sim aplicar os princípios de justiça e viabilizar os direitos fundamentais a partir da aplicação da Constituição.

Introdutoriamente, o ativismo judicial surge no seguinte contexto:

A locução “ativismo judicial” foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. SCHLESINGER,

40 Para saber mais: TATE, N.; VALLINDER, T. The Global Expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

41 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 39.

42 POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 175.

Arthur M., Jr., The Supreme Court: 1947. *Fortune*, jan. 1947, v. 35, p. 208 *apud* KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. *California Law Review*, out.2004, n. 92, p. 1446<sup>43</sup>.

O conceito de ativismo judicial deve ser pensado a partir da ingerência do Judiciário às especialidades e separação dos outros Poderes, tornando-o a principal instituição proporcionadora da democracia, acima e mais importante que as demais.

Veja afirmativa de Vieira ao problematizar tema de seu artigo denominado *Supremocracia*:

O STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. Tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da constituição com o exercício de poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos<sup>44</sup>.

Nos Estados Unidos, por exemplo, esse tema não é enfrentado somente em 1947, já que desde o início do controle de constitucionalidade, em 1803, já se debate os limites de atuação dos Poderes.

O ativismo judicial é a interpretação que vai além da possibilidade principiologicamente prevista. Apesar do papel da atividade do Judiciário estar em movimento crescente desde a segunda guerra mundial, ele deve ser restrito à justificação pública e à razão pública para a aplicação coerente dos princípios de justiça.

Para Ramos, o ativismo judicial pode ser conceituado como

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)<sup>45</sup>.

O que caracteriza o ativismo é o fato de o Judiciário passar a atuar fora das suas atribuições constitucionais, ao fazer a vez do Legislativo, principalmente, gerando uma crise de legitimidade na democracia brasileira. Veja Streck a respeito:

Este é o ponto. Com essa postura ativista do judiciário, não apenas argumentos de política passaram a predar os argumentos jurídicos, mas também o judiciário passou a exercer este papel predatório do espaço político (e da moral), na medida em que, ao desprezar os limites materiais estabelecidos pela Constituição para sua atuação, acabou trazendo imenso prejuízo para a democracia<sup>46</sup>.

A inafastabilidade da jurisdição, a dificuldade do legislativo corresponder às modificações e demandas sociais, dentre outros motivos, também são relevantes e contribuem para que acarrete em ativismo do judiciário, ora o Judiciário pode usar de argumentos meta-jurídicos, ora pode ser legislador judicial.<sup>47</sup>

No ativismo judicial, constrói-se a justificação pública a partir de doutrinas abrangentes específicas que, na concepção do justo, utilizam fundamentos de algum conceito particular de vida boa. É exatamente a ação repudiada por Dworkin; o Judiciário não pode utilizar de argumentos políticos na construção da decisão, devendo este se pautar nos princípios do direito.

Será sempre o ativismo uma atitude perniciosa do Judiciário. Atribui-se sentido pejorativo ao ativismo judicial, uma vez que não respeita a harmonia e independência dos poderes, seja na interpretação da Constituição, seja no diálogo institucional de deferência de ações recíprocas e/ou, principalmente, no compromisso de aplicação dos princípios do direito.

43 BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Rfd-Revista da Faculdade de Direito- Uerj*, v. 2, n. 21, p. 8, jan./jun. 2012.

44 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Rev. direito GV [online]*. v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

45 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

46 STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 12.

47 STRECK, Lenio Luiz. *Emenda dos Precatórios: STF pode legislar? Não!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-31/senso-incomum-emenda-precatorios-stf-legislar-nao2>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

O ativismo jurídico, ao contrário da judicialização da política, constitui ato de “vontade” do judiciário, ou melhor, confusão entre fundamentos de princípios de justiça (direito) e diretrizes políticas (política), mas que ocorre por clara opção jurisdicional.

O ativismo está envolvido com a construção da decisão que utiliza em seus fundamentos argumentos políticos. Dworkin, por exemplo, vincula o ativismo ao pragmatismo jurídico, uma maneira consequencialista de ver as ações judiciais:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige<sup>48</sup>.

Não se pode fazer vinculação do ativismo judicial com a atividade intensa do judiciário, realizando análise exclusivamente quantitativa. Essa análise quantitativa pode ser um indício de ativismo, mas não é suficiente para diagnosticá-lo. Ou seja, o fato de o STF assumir, em grande parte, a concretização de direitos fundamentais que dizem respeito às políticas públicas, por exemplo, não é fundamento por si só para se concluir que haja ativismo. O ativismo judicial está diretamente ligado ao não respeito à relação necessária que deve haver entre o Judiciário, devido processo constitucional e a fundamentação das decisões.

Por isso, para enfrentar diretamente o problema do ativismo judicial, deve-se tratar da teoria da decisão judicial de Dworkin. Ela subsidia a afirmativa de que a questão do ativismo está no momento de construção das decisões, podendo, assim, afirmar que, em algum julgado, o STF julgou politicamente.

Veja por exemplo, confusão do Ministro do STF Celso de Mello acerca do conceito de ativismo judicial ao julgar o caso que versou a respeito da constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos<sup>49</sup>.

Diante do conceito trabalhado neste estudo, não é um caso de ativismo judicial garantir iguais direitos às pessoas, ainda é a ocorrência do fenômeno denominado de judicialização da política.

Na mesma esteira, o ministro Barroso revela entendimento diferente do que esta pesquisa sustenta. Para ele, o ativismo judicial:

“(…) expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”.<sup>50</sup>

O autor ao caracterizar a postura ativista com o modo proativo ou ainda, a partir de interpretação extensiva do tribunal, mostra que ainda está preso à ideia de legislador ordinário, não trabalhando, portanto, sob pressupostos principiológicos da interpretação.

Para que se evite o ativismo judicial é necessária a compreensão adequada de quais são os limites de atuação do Judiciário, bem como de quais são os requisitos necessários para que sua atividade jurisdicional seja legítima. A linha é tênue entre a judicialização da política e o ativismo judicial. O problema do ativismo judicial é um problema de qualidade da decisão, não da quantidade de decisão que o tribunal profere.<sup>51</sup>

Para o momento, o escopo é investigar se o devido processo constitucional está sendo respeitado no ato de realização das audiências públicas. Os atos jurisdicionais que não respeitam o devido processo constitu-

48 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 452.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277*, j. 05.05.2011, voto do Min. Celso de Mello, p. 46. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 25 set. 2014.

50 BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado de Salvador*, n. 13, p. 17, jan./mar. 2009.

51 Importante ressaltar aqui que Verissimo (2008) e Progrebinschi (2011) fazem relação da judicialização da política com o número de deferências do STF aos entendimentos do Congresso Nacional no controle de constitucionalidade.



cional não possuem a preocupação de garantir uma jurisdição constitucional democrática.

O problema do ativismo judicial deve estar vinculado ao fato de existir a atividade discricionária do Judiciário e a compreensão de que ele possui o monopólio de dizer o direito; a ausência de critérios claros que determinam o procedimento específico de construção da decisão, a impossibilidade de interposição de recursos; de obscuridade quanto aos termos repercussão geral e interesse público relevante, mutação constitucional, lesão grave e de difícil reparação, dentre outros. Se essas características estiverem no bojo da atividade jurisdicional do STF, a vinculação entre o ativismo judicial e o utilitarismo ficará demonstrada no ato de fundamentação da decisão.

### 3.3. A distinção aplicada na prática de atuação da jurisdição constitucional

Nesse momento, a pesquisa passa pela análise de alguns dos principais julgados do STF nos últimos anos para que, por meio do estudo da fundamentação destes, possa-se identificar os argumentos sustentados quanto à diferenciação da judicialização da política e do ativismo judicial.

Inicia-se com exemplos referentes a decisões que envolvem a judicialização da política, para depois apresentar decisões referentes ao ativismo judicial, e assim, se tornar possível apontar os elementos diferenciadores dos dois fenômenos.

#### a) Direito a greve

O primeiro exemplo diz respeito ao direito de greve, um direito constitucionalmente previsto, no artigo 9º da Constituição da República de 1988, que diz: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.<sup>52</sup>

Por um lado, não existe uma lei que dispõe sobre a greve para os funcionários públicos, por outro, o Poder Legislativo se mantém inerte e não legisla para garantir o direito dos servidores. Quando o Poder Judiciário é provocado para efetivar o direito de greve e decide declarar que todos possuem esse direito e, por maioria dos votos, determina aplicar ao setor público, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89) é um caso de judicialização da política, uma vez que deveria o legislativo garantir esse direito, mas em sua ausência, declara e assegura o direito o Poder Judiciário. Veja:

**EMENTA:** Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989.

A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará.

Os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.

Ao resumir o tema, o ministro Celso de Mello salientou que:

52 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

Não mais se pode tolerar, 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 desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República<sup>53</sup>.

O que temos nessa decisão é a inércia do Poder Legislativo em exercer sua função legisladora para garantir o direito constitucional de greve. Assim, frente à demanda de efetividade do direito, o STF necessitou fazer valer a Constituição, o que é o seu dever, não extrapolando sua competência.

#### **b) Antecipação do parto do feto anencefálico**

A possibilidade de antecipação do parto em caso de feto anencefálico foi objeto de julgamento da ADPF 54, ação que foi distribuída em 17/06/2004, e interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio. Basicamente, a discussão era sobre o pleno direito da mulher de escolher, no caso de anencefalia, pelo parto de forma antecipada. Porém, surgiram inúmeras questões polêmicas, como a criminalização do aborto, o direito à vida, a dignidade humana. Para muitos, esse foi um dos mais importantes julgamentos que o Supremo Tribunal Federal já realizou, em toda a histórica republicana.

Diante da notícia de estarem gerando fetos anencefálicos, e de que não existe possibilidade de vida extrauterina, as mulheres procuravam o Poder Judiciário pugnando pela antecipação terapêutica do parto, como uma forma de reduzir o sofrimento de carregar um ser, durante nove meses, sabendo que o mesmo morreria logo após a sua retirada do útero materno.

Ocorre que, o aborto é criminalizado no Brasil, e não havia entendimento pacificado para a permissão da antecipação do parto em caso de anencefalia. Embasando, no direito à dignidade humana, que é um dos pilares basilares da Constituição, as mulheres pleitearam ao STF a possibilidade de antecipar o parto em tal caso. E, assim, decidiu a Corte:

#### **c) Reconhecimento da união homoafetiva**

Outro tema de suma relevância no que tange à jurisdição constitucional foi o reconhecimento da união homoafetiva, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo.

As ações foram proposta no STF pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. O argumento da decisão gira em torno de que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Nesse sentido, é preciso dar interpretação, conforme a Constituição Federal, para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

**EMENTA:** 1. [...] União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. [...] Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132–RJ pela ADI nº 4.277–DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea [...] 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a constituição federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sociocultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação

53 SUPREMO determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>.

não-reducionista. [...] 4. União estável. Normaçoão constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteçoão desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relaçoões jurídicás horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. 6. Interpretaçoão do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituíçoão federal (técnica da “interpretaçoão conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das açóes.

O STF, nesse caso, precisa agir para excluir do dispositivo do Código Civil, qualquer interpretaçoão que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Mais uma vez, trata-se de efetivaçoão de direitos advindos de reivindicaçoões sociais, das quais o Poder Judiciário não pode, nem deve ficar inerte.

Adentrando em um segundo momento, a pesquisa agora trabalha com casos em que, de acordo com o exposto ao longo deste trabalho, o STF agiu extrapolando sua função constitucional, violando a Separaçoão dos Poderes, proferindo decisóes com argumentos políticos, para que atingisse determinado interesse de classe específica. Não se trata de efetividade de direitos, mas sim de distorçoão de função.

#### **a) A interpretaçoão do art. 52, inciso X, da Constituíçoão**

Agora temos a decisóo da Reclamaçoão 4.335/AC, pela qual o STF decidiu, ao menos provisoriamente que o artigo 52, inciso X, da Constituíçoão é anacrônico. Tal dispositivo constitucional diz que cabe ao Senado Federal suspender a execuçoão de lei declarada inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal nega validade a um dispositivo da Constituíçoão originária, que trata da relaçoão direta entre os poderes de Estado, e isso é ativismo judicial.

A Reclamaçoão nº 4.335/AC, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, foi proposta pela Defensoria Pública da União, para questionar a decisóo de um juiz do Estado do Acre que afastou o entendimento do STF no que tange à inconstitucionalidade da vedaçoão de progressão de regime de cumprimento de pena pela Lei de Crimes Hediondos (Lei Federal nº 8.072, de 1990), posiçoão esta firmada em sede de controle de constitucionalidade difuso, tendo portanto, que respeitar a regra de seus efeitos *inter partes*.

O Plenário do Supremo Tribunal declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, por via do Habeas Corpus n. 82.959. Como a decisóo se deu no controle difuso de constitucionalidade, a decisóo do STF, em respeito ao disposto no art. 52, inciso X, da CR/88, teria que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providenciasse a suspensáo da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional, que discricionariamente edita resoluçoão suspendendo o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso.

Entender de outra forma é o mesmo que negar vigência ao disposto no art. 52, inciso X, da Constituíçoão Federal, contrariando o sistema constitucional adotado, ou seja o freios e contrapesos, o princípio constitucional democrático da Separaçoão dos Poderes. É uma intromissáo nas prerrogativas funcionais dos outros Poderes, uma ingerência que se configura ativismo judicial.

#### **b) O programa Mais Médicos**

O Programa Mais Médicos faz parte de uma política pública, instituída pela Medida Provisória nº 621, de 08 de julho de 2013, visando uma melhoria do atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde, prevendo investimentos em infraestrutura dos hospitais e levando mais médicos para regiões onde há escassez e ausência de profissionais.

O Senado Federal aprovou em 16/10/2013 o projeto de lei proveniente da medida provisória, permitindo a contrataçoão de médicos estrangeiros e brasileiros formados no exterior para atuar em áreas pobres e remotas.

Na forma como foi aprovado pela Câmara dos Deputados, o texto do projeto transfere ao Ministério da Saúde a incumbência de fazer o registro dos médicos estrangeiros inscritos no programa.

Um dos pontos mais polêmicos nos debates sobre a MP foi a necessidade de revalidação do diploma do médico estrangeiro. Segundo o texto aprovado, o estrangeiro não precisará revalidar o diploma nos três anos do programa. Os médicos estrangeiros somente poderão participar da prorrogação de três anos do Mais Médicos se integrarem “carreira médica específica”, cuja definição depende de regulamentação em projeto de lei.

O registro dos médicos vindos do exterior será feito pelo Ministério da Saúde em substituição aos CRMs. Apenas a fiscalização do trabalho dos participantes do programa continuaria sendo feita pelos conselhos. Os médicos estrangeiros participantes do programa, porém, não poderão exercer a medicina fora das atividades do Mais Médicos.

O projeto do Executivo Federal foi questionado por meio de mandado de segurança da AMB (Associação Médica Brasileira) em 24/07/2013. Ainda não foi apreciada no Plenário do STF, mas a grande questão é acerca da legitimidade da Corte para discutir o mérito de políticas públicas. Se pode o Poder Judiciário interferir na instituição de programas públicos advindos do Executivo, e retificados pelo Legislativo, e quais são os argumentos que serão utilizados para tanto, se o STF será um Tribunal político, utilizando de argumentos políticos, para satisfazer a vontade de uma classe da população, por meio de argumentos discricionários.

O Ministro relator, Ricardo Lewandowski informou que o Judiciário não pode discutir o mérito de políticas públicas, especialmente no tocante ao reexame dos critérios de sua oportunidade e conveniência. Mas qual será o argumento sustentado pelos outros ministros, somente o tempo poderá demonstrar.

O fato é que, ao discutir e decidir acerca da conveniência de políticas públicas o STF está assumindo uma posição ativista, e mais uma vez, desrespeitando as atribuições constitucionais que lhe foram atribuídas.

### **c) O crime de evasão de divisas na Ação Penal 470**

A Ação Penal 470 diz respeito a um dos maiores e repercutidos julgamentos do STF, o famoso caso do “Mensalão”. A atenção neste trabalho volta-se exclusivamente para a questão de o crime de evasão de divisas ser desconsiderado como um delito por meio de uma Circular do Banco Central. Ou seja, descriminalizou-se uma conduta por Circular, quando a Constituição exige para tanto, uma Lei Federal, editada com todos os tramites do processo legislativo, sendo a competência para tanto do Congresso Nacional.

A acusação era de que dois dos 37 réus da ação penal receberam R\$ 11,2 milhões do “valerioduto” e enviaram a maior parte do dinheiro (em torno de R\$ 10,8 milhões) para uma conta do *Bank of Boston* em Miami. A maioria do STF entendeu que, no caso, não se configurou o crime de evasão de divisas, argumentando que uma circular do Banco Central prevê a comunicação de depósitos acima de US\$ 100 mil no exterior apenas no fim do ano fiscal, em 31 de dezembro. Assim, os denunciados não teriam praticado o crime de evasão de divisas.

Logo, para o STF, uma Circular do Banco Central, “descriminalizou” a conduta de evasão de divisas. O Pretório Excelso considerou válido um ato normativo de hierarquia inferior, sendo que deveria declara-lo inconstitucional frente a violação do art. 22 da CR/88.

Para Lênio Streck,

Diante de uma dúvida se uma Lei Federal pode perder validade em face de uma Circular administrativa, o Tribunal Constitucional deveria fundamentar a sua decisão, uma vez que, ao dar plena validade à Circular, deixou de lado uma Lei Federal, o que implica adentrar na esfera de competência legislativa, circunstância que demandaria a convocação da dicção dos artigos constitucionais que tratam da matéria<sup>54</sup>.

Mais, uma vez, o STF exerceu o ativismo judicial, violando os próprios preceitos da Constituição, utilizando argumentos políticos, e ingerindo na função de outro poder.

Assim, faz-se a diferenciação dos fenômenos de tal forma que delinea, por meio da prática de funda-

54 STRECK, Lênio Luiz. O fator Julia Roberts ou quando o Supremo Tribunal erra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-25/senso-incomum-fator-julia-roberts-ou-quando-supremo-erra>>. Acesso em: 06. set. 2014.

mentação das decisões, o que se entende por judicialização da política e ativismo judicial.

#### 4. CONCLUSÃO

Apesar dos limites conceituais entre judicialização e ativismo serem tênues, pode-se concluir da seguinte forma: judicializar é levar ao poder judiciário. Significa deduzir que o Poder Judiciário deve aplicar a ordem jurídica. Parte-se da premissa que determinadas questões que antes não eram tipicamente resolvidas pelo poder judiciário, agora o são. Não é um ato de vontade do judiciário, mas um conjunto de circunstâncias que fazem com que o judiciário tenha essa atuação. A judicialização é um fato decorrente de alguma circunstância econômica, social, política ou jurídica.

A judicialização é uma consequência natural da abrangência da Constituição e de um Tribunal que está disposto a efetivá-la. Essa é uma questão de equilíbrio, uma tentativa de efetivação de direitos fundamentais e também de respeito à percepção do que os outros Poderes entendem a respeito da Constituição. Nem sempre o que é polêmico envolverá uma judicialização. Alguns casos polêmicos o poder judiciário confirmou o entendimento de outros Poderes.

A jurisdição constitucional não deve substituir a atuação do poder legislativo nem do poder executivo. Não deve haver uma presunção de que toda a atuação judicial, ainda quando envolva polêmica seja um caso de tensão entre os poderes.

Para Dworkin a judicialização pode melhorar o debate público na medida em que coloca esses fundamentos em jogo, em evidência. Os debates nos casos da ficha limpa, raposa cerra do sol, lei de biossegurança, fizeram com que os temas citados ganhassem maior repercussão quando estavam no STF, não quando passaram pelas decisões do Executivo e do Legislativo. Essa visão é que é benéfico para o debate público. Não é um desprestígio ao legislador, pelo contrário, o legislador continua a ter um papel central no debate público e é normal e desejável que o tenha, pois ele representa os diferentes segmentos sociais e com base nisso tem uma legitimidade natural para enfrentar os temas de interesse público sobre perspectiva múltipla.

A organização dos poderes não é definitiva, mas sim uma atividade em construção e, portanto, continuará sendo no tempo ajustada às demandas que os chama ao exercício. Existem teorias contemporâneas como a de Karl Loewenstein, que defende a tripartição das funções, baseada na dinâmica das políticas que devem ser adotadas, na implementação dessas políticas, e na execução das mesmas<sup>55</sup>, e a teoria de Bruce Ackerman, conhecida como “*Parlamentarismo Limitado*”, composto por fatores limitadores do poder, um modelo de exercício de poder sob o controle interno mútuo, uma espécie de engrenagem constitucional, baseada no princípio democrático, no profissionalismo e na proteção de direitos fundamentais<sup>56</sup>.

O ativismo é uma postura deliberada do poder judiciário, é um termo mais carregado de valorações e complexidades práticas e teóricas. Ela foge do discurso jurídico para os avanços sociais. Há aqui um flerte com a corrente do realismo jurídico. O Ativismo judicial subvaloriza a política de tal forma que o jurídico assuma o posto do político, portanto, o ativismo decide fora do jurídico, sendo em grande parte populista, pois toda vez que o Judiciário decide para além dos princípios do direito, ele julga politicamente. Mas sabe-se que o judiciário não é preparado para essa decisão, não é de sua competência esse exercício, não é a especialidade. A legitimação legislativa depende do processo legislativo, o qual o Judiciário deve respeitar. A legitimidade executiva depende da atividade do Poder Executivo, é atividade política, não do Poder Judiciário.

55 Esse é o entendimento do autor em sua obra “Teoria da Constituição”. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1970.

56 ACKERMAN, B. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 633-729, 2000. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Ackerman\\_The\\_New\\_Separation\\_of\\_Powers\\_HLR.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Ackerman_The_New_Separation_of_Powers_HLR.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2015.

Concluiu-se, portanto, que a questão pode ser entendida da seguinte maneira: o julgar politicamente e o julgar problemas que são afins à política são atividades distintas e que possibilitam pensar e verificar se, diante de uma Democracia Constitucional, os critérios normativos e de legitimidade fora cumpridos e as instituições públicas estão agindo legitimamente para com seus cidadãos.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado de Salvador*, n. 13, jan./mar. 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito – Uerj*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.
- BEARD, Charles A. *A Suprema Corte e a Constituição*. Traduzido por Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277*, j. 05.05.2011, voto do Min. Celso de Mello, p. 46. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 25 set. 2014.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WNF M. Fontes, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise: reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HART, H. L. A. et al. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF M. Fontes, 2009.
- LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em o império do direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7/8, jan./jun., 2001.
- MARQUES, Gabriel Lima; LOIS, Cecília Caballero. Reforma política e diálogos institucionais: novas possibilidades de superação da judicialização da política no Brasil. In: XXI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21. 2012. Uberlândia, MG. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 14740-14763.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental de democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. *Controle de constitucionalidade é jurídico, não político*. 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 06 out 2013.
- PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 127-137, out./dez. 2009.
- PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Finatec, 2011.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- SILVA, Diogo Bacha e Silva. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (I)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. *Emenda dos precatórios, STF pode legislar? Não!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-31/senso-incomum-emenda-precatorios-stf-legislar-nao2>>. Acesso em: 06 nov. 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. O fator Julia Roberts ou quando o Supremo Tribunal erra. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-25/senso-incomum-fator-julia-roberts-ou-quando-supremo-erra>>. Acesso em: 06 set. 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 4, p. 223-262, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TATE, N.; VALLINDER, T. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 09-52, nov. 2010.
- VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. direito GV [online]*. v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Ativismo judicial e democracia:  
a atuação do STF e o exercício da  
cidadania no Brasil**

**Judicial activism and  
democracy: active citizenship  
and the Brazilian Supreme  
Court's performance**

Marilha Gabriela Reverendo Garau

Juliana Pessoa Mulatinho

Ana Beatriz Oliveira Reis

# Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil\*

## Judicial activism and democracy: active citizenship and the Brazilian Supreme Court's performance

Marilha Gabriela Reverendo Garau\*\*

Juliana Pessoa Mulatinho\*\*\*

Ana Beatriz Oliveira Reis\*\*\*\*

### RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar como a superação do modelo do Estado Liberal, especialmente evidenciada no Brasil pela consagração de princípios do Estado Social na Carta Magna, legitima as possibilidades do ativismo judicial. Dessa forma, almeja-se debater as contradições inerentes ao ativismo judicial, em especial aquele protagonizado pelo STF, no âmbito da experiência brasileira. Neste artigo, examina-se ainda se existe relação entre advento do ativismo judicial no Brasil e as limitações do seu modelo representativo de democracia. A discussão acerca da temática apresentada revela-se fundamental diante da emergência de novos atores políticos que se expressam nas ruas e evidenciam os limites do sistema democrático atual, como por exemplo, nas jornadas de junho de 2013. No decorrer da análise, conclui-se pela existência de uma relação entre a evolução do Estado, de liberal para social, e o advento do ativismo judicial, cuja configuração revela contradição intrínseca que demonstra, por um lado um maior comprometimento do poder judiciário com os ideais do Estado Social, mas, por outro, possibilita que magistrados decidam sobre questões eminentemente políticas, contribuindo para o afastamento do cidadão da esfera pública uma vez que, quando decididas pelo judiciário, essas questões políticas são ocultadas por questões meramente técnicas. Trata-se de trabalho vinculado a uma abordagem jurídico-sociológica, utilizando-se como técnica de investigação a análise histórico-jurídica. As técnicas de pesquisas utilizadas são as de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tendo sido mobilizadas, principalmente, as categorias teóricas de ativismo judicial, democracia de baixa intensidade e ideologia da competência.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Democracia. Cidadania Ativa.

### ABSTRACT

The aim of this work is to demonstrate the overcoming of the model of the Liberal State, especially evidenced in Brazil by the consecration of the principles of the welfare state in our Constitution, legitimizes the possibi-

\* Recebido em 29/10/2014

Aprovado em 14/01/2015

\*\* Mestranda pelo programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pesquisadora do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT – InEAC). E-mail: marilha\_garau@hotmail.com .

\*\*\* Mestranda pelo programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: julianamulatinho@yahoo.com.br

\*\*\*\* Mestranda pelo programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: reis.aboliveira@gmail.com

lities of judicial activism. It aims to discuss the contradictions inherent to judicial activism, especially that played by the Supreme Court, under the Brazilian experience. This academic article examines even if there is a relationship between the advent of judicial activism in Brazil and the limitations of its representative model of democracy. The discussion about the topic presented is fundamental thanks to the emergence of new political actors who express themselves in the streets and show the limits of the current democratic system, for example, in the June days of 2013. This analysis concludes that there is a relationship between the evolution of the state from liberal to social, and the advent of judicial activism, which configuration reveals an inherent contradiction: it demonstrates, on one hand, a greater commitment of the judiciary to the ideals of the welfare state, but on the other, allows judges to decide on mainly political issues, contributing to citizens removal of the public sphere since, as decided by the judiciary, these policy issues lurk in purely technical matters. This is a work tied to a legal-sociological approach, using as technical research historical-legal analysis. The research techniques used are bibliographic, legislative, and judicial review, having been mobilized primarily theoretical categories of judicial activism, low intensity democracy and ideology of competence.

**Key-words:** Judicial activism. Democracy. Active citizenship.

## 1. INTRODUÇÃO

No decorrer do século XIX, no âmbito do Estado Moderno, vinculado à tese clássica da separação dos poderes, a imparcialidade do juiz restou consagrada como princípio basilar do Direito. Especialmente após a Revolução Francesa, e como reação ao autoritarismo anteriormente vigente, o juiz passa a ser concebido como a “boca da lei”, julgando, supostamente, com total isenção, despido de qualquer vontade. Tal concepção possui ligação direta com as teses liberais as quais, concebendo um Estado mínimo em relação à execução de políticas públicas de cunho social, restringido em sua atuação, privilegiando a iniciativa privada, acarreta a existência de um poder judiciário contido em suas atribuições. Nesse modelo, o juiz possui como atribuição apenas a solução de litígios concretos com base na aplicação da norma, supondo que as situações de inovação seriam escassas e que poderiam ser resolvidas com base em outras regras<sup>1</sup>.

No entanto, esse modelo de Estado Liberal é superado após sucessivas crises, especialmente a partir da Grande Depressão de 1929, além das duas guerras mundiais, culminando no que hoje é denominado Estado Democrático de Direito. Assim, processos sociais, econômicos e políticos acarretam mudanças na estrutura do Estado, gerando um modelo intervencionista, preocupado com as questões sociais e econômicas, o que coloca em xeque o modelo de Estado que preza a autorregulação do mercado dessas questões.

Nesse ínterim, há crescente grau de complexidade nas relações sociais e a tradicional tese da imparcialidade do juiz parece não ser mais capaz de produzir soluções adequadas às novas demandas, o que culmina na ideia de uma nova racionalidade jurídica<sup>2</sup>. No bojo dessa nova racionalidade jurídica, insere-se o denominado ativismo judicial. Trata-se de termo usado com múltiplos significados, mas que, de forma geral, está vinculado à tendência de invalidação de atos governamentais por meio de controle de constitucionalidade, ao desrespeito dos precedentes e, ainda, decisões orientadas a obtenção de resultados previamente eleitos<sup>3</sup>. Dessa forma, pode-se aproximar o ativismo judicial à própria criação judicial do direito<sup>4</sup>.

1 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013.

2 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jun. 2012.

3 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013.

4 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jun. 2012.

O ativismo judicial tem sua origem histórica no direito americano, mais especificamente, na corte de Lochner (1897 – 1937), na qual intervenções estatais foram frequentemente invalidadas pela Suprema Corte. A procedência do uso do termo é atribuída ao historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria para a revista *Fortune*, em 1947, no qual o autor classificou os juizes da Suprema Corte entre “campeões do auto comedimento” e “ativistas judiciais”, sendo esses últimos caracterizados pelo entendimento do Direito e da Política como inseparáveis<sup>5</sup>.

No Brasil, o ativismo judicial só ganhou relevância após a Constituição de 1988, que consagrou, em seu texto, amplos poderes de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Daí por diante, o Supremo Tribunal Federal parece ter se tornado um protagonista da concretização de direitos previstos na carta constitucional, desembocando em um processo conhecido como judicialização da política. Dessa forma, pode-se dizer que:

O que tem sido chamado ativismo no Brasil resulta de uma aliança entre a presidência da República e elites jurídicas a partir de 2002, voltada a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental. Com a aliança modificaram-se as formas de atuação do Tribunal, foram reforçadas suas bases de apoio, mas também provocaram reações e resistências, e aumentou o investimento pela oposição política e elites jurídicas divergentes em questões críticas para o governo.<sup>6</sup>

Com essa análise, percebe-se que o ativismo judicial situa-se na interseção entre o mundo jurídico e o mundo político. O ativismo judicial está relacionado com a incapacidade das instituições políticas de oferecer espaço para a realização das demandas populares. Assim, “o ativismo judicial representa, em última instância, a deslegitimação da política em relação à tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade”<sup>7</sup>.

A partir do quadro apresentado, a hipótese investigada neste trabalho envolve questionar de que forma a superação do modelo liberal da imparcialidade do juiz legitima as possibilidades do ativismo judicial, o qual, se de um lado, relaciona-se a uma postura mais ativa do juiz, ora comprometido com os ideais de um Estado de Direito, por outro, ao permitir que o judiciário adentre questões políticas, contribui para o afastamento do cidadão da esfera pública, uma vez que, quando decididas pelo judiciário, as questões políticas se ocultam em questões meramente técnicas. Dessa forma, o objetivo desse trabalho é debater as contradições inerentes ao ativismo judicial, em especial aquele protagonizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da democracia brasileira.

Entende-se que a problemática suscitada pelo ativismo judicial gira em torno das relações entre direito e democracia<sup>8</sup>. Por essa razão, para essa análise, será utilizada a categoria de “ideologia da competência”<sup>9</sup> pela qual a sociedade contemporânea se divide entre os competentes, donos de conhecimentos técnicos e científicos que possuem, portanto, o direito de mandar e aqueles que não têm tais conhecimentos, que devem, portanto, obedecer. A política passa a ser encarada, então, como questão técnica, que deve ser deixada para profissionais, reduzindo a participação política ao momento do voto. Essa categoria será utilizada para avaliar as consequências para a cidadania dos argumentos pelos quais decisões judiciais sobre questões políticas são definidas a partir de critérios meramente técnicos e pessoais.

Para caracterizar a democracia brasileira, o pressuposto teórico a ser empregado é a tese de “democracia de baixa intensidade”<sup>10</sup>. Segundo essa tese, a ideia hegemônica de democracia origina regimes nos quais há auto-

5 SOARES, José Ribamar Barreiro. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

6 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 38.

7 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 38.

8 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013.

9 CHAUI, Marilena O que é Política? In: Novaes, Adauto (Org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporáneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Mauricio García (Org.). *El Kaleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes, 2001.

rização por via do mecanismo de representação. Contudo, a prestação de contas deixa a desejar, resultando no fenômeno que vem sendo denominado como déficit de representação. Dessa forma, o que se configura são regimes centrados no voto, com baixo nível de participação efetiva do cidadão, originando cidadania apenas formal.

A vertente teórico-metodológica aqui empregada vincula-se à tese jurídico-sociológica, pela qual se analisa o fenômeno jurídico dentro de seu ambiente social. Nesse contexto, a investigação aqui empreendida utiliza-se da metodologia histórico-jurídica pela qual se busca entender o fenômeno jurídico a partir das contradições históricas dos fenômenos sociais<sup>11</sup>. Assim, as teses sobre ativismo judicial serão compreendidas dentro de seus próprios contextos históricos e políticos, preocupando-se, sobretudo, com os reflexos concretos do modelo teórico proposto. Para tanto, será delineada exame interdisciplinar calcado na conjugação de marcos teóricos do Direito e da Ciência Política. As técnicas de pesquisas utilizadas são as de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Será traçado, inicialmente, panorama da figura do juiz a partir da evolução do Estado Liberal para o Estado Social, buscando, sobretudo, evidenciar as transformações que ocorreram a partir da superação dos dogmas da imparcialidade e da separação dos poderes. Em seguida, será analisado o cenário da democracia brasileira contemporânea, avaliando o ativismo constitucional brasileiro, especialmente aquele protagonizado pelo STF, a partir das relações entre Direito e Democracia. Por fim, serão apresentadas algumas considerações finais sobre o tema abordado que não pretendem, de forma alguma, encerrar o debate em torno dessas questões tão fundamentais para a concretização da cidadania no país para além da representação política.

## 2. A FIGURA DO JUIZ DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

### 2.1. O Juiz Imparcial: o positivismo jurídico e o compromisso com a segurança jurídica

No âmbito da construção do Estado Liberal prevalecia a ideia de legalidade, de modo que, um dos objetivos desse modelo de Estado era limitar a atuação do Estado à legalidade. Sendo assim, a lei anteriormente discutida e aprovada pelos representantes do povo definia a atuação de um Estado tido como mínimo, o que inclui a atuação do judiciário.

Trata-se da emergência de um Estado no qual a separação de poderes garante predominância do poder legislativo.<sup>12</sup> Por essa razão os liberais prezavam pela regulação da atividade do juiz, como mero aplicador do direito, visando evitar decisões dotadas de arbitrariedades tais como as que aconteciam no período absolutista, objetivando a manutenção do Estado de Direito.

Assim, os julgadores tinham no Legislativo uma autoridade máxima, que não merecia ser contestada. Isso porque ao legislador compete à valoração da ideia de justiça, devendo a interpretação estar pautadas na busca pelo entendimento da vontade do próprio legislador.

A criação da escola de exegese se dá nesse sentido, objetivando garantir maior segurança jurídica, uma vez que a norma jurídica será apenas aquela criada pelo Estado ou ainda por ele reconhecida. Ressaltando, assim, que a interpretação deve ser vinculada à intenção do legislador, logo será feita de maneira mecânica.

Arelado à prevalência da legalidade está o princípio da segurança jurídica, que encontra suas raízes mais profundas nas vertentes das inspirações liberais e na evolução do conceito de Estado após a decadência do Antigo Regime, cujo objetivo primário era a garantia da liberdade dos indivíduos em relação à opressão do Estado.

11 GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporáneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Maurício García (Org.). *El Caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes, 2001.

Após a Revolução Francesa foi assegurada a independência do Judiciário como um dos três poderes. Independência baseada no fato de os juizes estarem, nesse contexto, completamente submetidos ao império da lei<sup>13</sup>. No Estado Liberal, então, o Poder Judiciário tem por função principal a aplicação da lei quando do advento do conflito de interesses entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado. Uma das razões pelas quais se observou a necessidade do Poder Judiciário tornar-se independente foi o fato de que na Europa, na época do absolutismo, os reis, objetivando aumentar suas rendas vendiam os cargos judiciários, tornando-se propriedade daqueles que os adquiriam. Assim, o direito que os tribunais dessa época aplicavam eram os costumes ditados pelos reis.

Por essa razão é que, nos paradigmas do Estado Liberal, o princípio que prevalece é o da legalidade, especialmente consubstanciado na ideia de subsunção legal, segundo a qual o juiz pauta-se na relação lógica entre fatos e normas<sup>14</sup>. Assim, o juiz é tido como mero aplicador da lei, não podendo de forma alguma criar o direito. Sendo assim, a atuação do Poder Judiciário estava intimamente vinculada à lei, posto que somente a norma discutida e aprovada pelos representantes do povo teria o condão de autorizar a atuação do Estado-juiz.

Em decorrência do passado de arbitrariedades cometidas pelo Antigo Regime, surge também o princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito, fundado na generalidade e universalidade da lei, de forma a contornar as incertezas do futuro a partir da segurança das relações jurídicas estabelecidas em sociedade. Tal preceito é garantido tanto pela regra do devido processo legal quanto pela segurança processual das relações futuras, consubstanciada no instituto da coisa julgada<sup>15</sup>.

Isso porque, as garantias e direitos fundamentais não se tornariam efetivos caso não estivessem amparados pela segurança das relações jurídicas entre o Estado e os indivíduos que compunham a sociedade. De modo que, a segurança jurídica busca assegurar que existam condições que tornem possível à sociedade o prévio conhecimento das consequências de seus possíveis atos.

Logicamente, tal perspectiva consolidou-se junto às matrizes do Direito e tem sua relevância até os dias atuais, conforme expõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto sobre a importância de preservação da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito:

O direito tem dupla vocação: a de proporcionar segurança a uma sociedade e a de fazer imperar a justiça em suas relações. O princípio da segurança jurídica é, assim, tão valioso, que sua violação compromete toda a instituição que o transgride, ao trair a confiança geral, cimento das civilizações, e a boa-fé dos que deveriam ser protegidos pela ordem jurídica.<sup>16</sup>

E conclui:

Trata-se, portanto, a segurança jurídica, de um megaprincípio do Direito, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o princípio da confiança legítima, o princípio da boa-fé objetiva, o instituto da presunção de validade dos atos do Poder Público e a teoria da evidência<sup>17</sup>.

Dessa forma, de acordo com a visão hegemônica sobre o direito, o Estado de Direito elabora suas normas de conduta visando harmonizar a sociedade a fim de alcançar equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos. Por essa razão se faz imprescindível estabilidade no sistema de elaboração de normas pelo Estado, advindas de um órgão oficial. Por essa razão, tem-se, em contraposição ao direito consuetudinário, a consolidação do direito escrito, tido como fonte de maior segurança jurídica.

13 SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporâneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Maurício García (Org.). *El Caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes, 2001.

14 SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporâneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Maurício García (Org.). *El Caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes, 2001.

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporâneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Maurício García (Org.). *El Caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes, 2001.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285.

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285.

Para dar plenitude ao direito escrito surgem ideais de caráter positivista, ou seja, a lei escrita torna-se a principal fonte de direito em detrimento das demais. O positivismo defende a completude do ordenamento jurídico, de modo que este seria suficiente para que os juízes decidissem caso concreto.

Conforme explica Norberto Bobbio<sup>18</sup> em sua clássica obra “Positivismo Jurídico” a codificação representa a máxima do positivismo. A elaboração do Código Napoleônico e a criação da escola de exegese demonstram de forma clara essa preponderância. Nesse sentido, o Artigo 4º do referido código determina que “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.<sup>19</sup> Assim, o juiz jamais poderia se abster de julgar na ocorrência de obscuridades ou lacunas na lei, devendo buscar no próprio ordenamento jurídico uma forma de solução dos conflitos.

Por essa razão, há uma forte negação a qualquer outra fonte do direito, que não seja a lei. Inclusive, o Direito Natural só será aplicável quando relacionado à lei, posto que, conforme dito, o ordenamento jurídico seria completo e suficiente. Acerca desse assunto, esclarece Norberto Bobbio:

O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana. Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico.<sup>20</sup>

Assim, objetivando manter a segurança jurídica e evitar atitudes arbitrárias que remetessem ao regime absolutista, surgiu o pressuposto da imparcialidade do juiz. Por esse princípio, o magistrado, ora mero aplicador do direito, deve valer-se unicamente da interpretação literal da norma, isentando-se de suas subjetividades, exercendo, portanto, atividade mecânica e vinculada, resultante dos textos legais que deveriam ser claros e objetivos. Além disso, interpretação deveria ser evitada, sendo recomendável a consulta ao legislador na hipótese de persistente dúvida diante de eventuais obscuridades.

Nesse contexto, então, os juízes permanecem afastados do processo político, restringindo sua atuação aos conflitos individuais, desligando-se dos conflitos sociais. Neutralizados politicamente, os juízes passam a funcionar, inclusive, como mecanismo de legitimação dos demais poderes, ao viabilizar que a legislação produzida chegasse aos cidadãos sem transformações<sup>21</sup>. Em suma, no Estado Liberal:

O Judiciário teria missão e forma de atuação claramente definidos: a solução de litígios concretos e a interpretação das leis por meio da aplicação da norma geral a cada caso particular. Esse modelo implicaria a contenção dos juízes, uma vez que se supunha que situações de inovação e incerteza seriam raras, para as quais eram previstos procedimentos excepcionais de decisão. O parâmetro é associado a um processo civilizatório no qual uma forma modelar de Constituição teria sido conformada pelas lutas do liberalismo europeu contra o absolutismo monárquico e incorporada à organização constitucional do país desde a Independência. O juiz aparece como um agente civilizador, instituído como poder separado para assegurar a realização do direito ao limitar os excessos dos demais poderes do Estado e julgar litígios.<sup>22</sup>

## 2.2. O juiz do Estado Social: o instrumentalismo do processo e a relativização da imparcialidade

A transição do Estado Moderno para o Estado Contemporâneo é fortemente marcada pela decadência do modelo liberal que deu lugar à concepção de Estado de Bem Estar Social. Esta transição foi marcada por profundas transformações sociais, políticas e econômicas que tiveram reflexo direto nas relações entre

18 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

19 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 74.

20 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 119.

21 SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporáneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Mauricio García (Org). *El Caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes, 2001.

22 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 71.

o Estado e os indivíduos, o que se refletiu também no universo jurídico, dando margem ao reconhecimento dos “novos direitos”, diante do processo de lutas populares relacionadas à aceleração do desenvolvimento tecnológico desencadeado pela Revolução Industrial.

Esses novos direitos se relacionam a nova postura do Estado que agora deve ser de não interferência na esfera privada. O poder público passa a ter obrigação legal de garantir os direitos sociais por meio de prestações materiais. O modelo de Estado de Bem Estar Social, portanto, começa a ganhar força a partir do fim da segunda grande guerra e surge ainda como resposta do bloco capitalista à propaganda socialista liderada pela antiga União Soviética. É esse o contexto, analisado a partir de agora, que vai permitir a emergência do juiz ativista, cerne desse trabalho.

A partir desse cenário sócio-político-econômico, surge predominância do poder Executivo que ocasiona o colapso da teoria da separação de poderes clássica<sup>23</sup>. Por outro lado, devido à proliferação de legislação garantidora de direitos sociais, a figura do juiz passa a ter papel ativo na sociedade, de modo a garantir os direitos sociais que começam a ser positivados. Para viabilizar essa nova função do judiciário, as concepções de Direito Processual passam a ser modificadas.

Tudo isso irá se refletir, forçosamente, na dogmática jurídica, de forma que, a partir de meados do século XIX, a concepção de processo que se caracterizava pela indistinção entre os planos processual e substancial, portanto desprovida de qualquer autonomia, começa a ser questionada objetivando-se atribuir independência do processo em relação ao direito material.

Demonstrada tal autonomia, avança-se rumo a uma nova concepção de processo, observada a partir de então sob o aspecto da instrumentalidade, cujo entendimento passa pela consciência de que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para promoção dos direitos e eliminação dos conflitos sociais.

Além disso, no âmbito do Estado de Bem Estar Social, há proliferação de direitos. Aqueles considerados coletivos são colocados em primeiro plano, devido à necessidade do Estado de mudar o cenário de crise social gerado pelo liberalismo. Além disso, os conflitos individuais passam a estar frequentemente vinculados a interesses coletivos, devido ao aumento da complexidade social.

Desta forma, o Estado Social, intervencionista, afasta a figura de um juiz inerte, que atua como um mero espectador, que deve fazer cumprir a lei sem expressar qualquer compromisso com a ideia de justiça, visando o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas.

O advento e propagação da ideia de democracia social requer a participação do Estado na promoção de políticas públicas capazes de garantir a efetividade dos direitos sociais e, conseqüentemente, a participação do magistrado no processo. Dessa forma, o juiz deixa de estar apegado às formalidades, objetivando apenas cumprir os procedimentos legais, passando a prezar por um processo justo, compromissado com a justa aplicação das normas de direito material, além da eficácia da tutela dos direitos e a correta verificação dos acontecimentos.

O juiz deve, portanto, desapegar-se do formalismo, agindo de modo a proporcionar às partes envolvidas na demanda o alcance da finalidade do processo. Conforme explanado anteriormente quando na explicação de instrumentalidade do processo, o fundamental será a finalidade do ato e não o ato em si mesmo, embora o juiz ainda deva obedecer às formalidades legais para trâmite do processo, na eventualidade de não fazê-lo, a finalidade de seu ato superará tais formalidades.

À luz da corrente instrumentalista, a atuação do juiz no processo deve ser efetiva, de modo a garantir um processo democrático. Assim, atividade do juiz deixa de ser reduzida a uma tarefa mecânica de mera aplicação da lei que é tomada como premissa máxima, sob a qual se submetem os fatos. O trabalho do juiz, portanto, caminha no sentido de prezar pelas finalidades sociais que figuram como responsabilidade do Estado.

23 SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporáneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Maurício García (Org.). *El Caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes, 2001.



Além disso, pelas próprias perspectivas do Estado Social, passa a ser, inclusive, uma das obrigações do juiz a participação no processo, sendo vedado a ele ignorar as desigualdades sociais, posto que o Estado Social vise diminuí-las. Logo, as funções do juiz extrapolam a de mero julgador, passando a abranger também funções pautadas nos interesses estatais.

Portanto, o magistrado é tido como um ser capaz de garantir às partes uma decisão efetivamente justa fundada basicamente em suas convicções. Assim, o juiz alcança uma melhor análise da forma de condução do processo para que, ao final seja tomada uma decisão justa, a qual deve aquiescer às vontades do Estado.

Sobre o assunto ensina Cândido Rangel Dinamarco:

Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método de pensamento do processualista e do profissional do foro, o que importa acima de tudo é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualismo e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa.<sup>24</sup>

Verifica-se, portanto, que a Teoria da Relação Jurídica e a Teoria Instrumentalista<sup>25</sup> são arquitetadas tomando por referência os pressupostos do Estado de Bem Estar Social. Por essa perspectiva, o juiz será visto como um ser dotado de imensa sabedoria quando no exercício de suas funções, detentor do poder de promover a justiça social.

Diante do cenário de crise social, o Poder Judiciário não deve ser abreviado à dimensão unicamente técnica, tampouco deve o intérprete desvincular-se de seus valores no momento da aplicação da lei a casos concretos. Desse modo, o magistrado deve permanecer vinculado ao sistema jurídico, mas goza de liberdades para assunção de posicionamentos diante da lei.

Desse modo, ao contrário do que é sustentado pela visão tradicional do Direito, o Poder Judiciário para promover justiça deve assumir a função de criador. Por esse pensamento, o juiz que deve buscar a efetividade do processo, passa a funcionar como um instrumento de garantia e controle da própria jurisdição.

Os juízes, nesse novo modelo de Estado, precisam exercer a atividade decisória à luz das necessidades determinadas pelo cenário social, de modo a figurar como atores políticos vinculados ao funcionamento da máquina do Estado. Por esse ângulo, é possível inferir que a imparcialidade do juiz caminha junto à sua independência funcional, a ponto de no julgamento não se sujeitar a nenhuma autoridade superior. De modo que, no exercício da jurisdição, o juiz seria soberano, não havendo lei que o sobreponha, ainda que esta tente estabelecer limitações ao poder de julgar.

Deverá, portanto, ser vedada a repetição da lei sem compromisso com o justo no caso concreto e sem adequação às carências sociais, econômicas e políticas da época. Portanto, a lei é apenas critério de análise do Direito e sua interpretação será variável no tempo e no espaço, relativizando-se o princípio da legalidade.

Além do mais, há expectativa de que os magistrados resistam às leis injustas, uma vez que estes teriam melhor capacidade para fazê-lo. Cabe ressaltar, nesse sentido, que as leis tidas como injustas são aquelas contrárias aos princípios gerais de justiça ou de Direito, caracterizadas por uma verdadeira discrepância entre os valores expressos no ordenamento jurídico e o anseio por justiça latente na sociedade.

A justiça imparcial deveria ser afastada, pois esta só favoreceria aos fortes. A decisão proferida de acordo com as ideologias do julgador seria mais eficaz do que a mera aplicação da lei. Enquanto aquela decorre da

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 299.

25 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

aplicação do fato concreto ante postura ideológica, bem como revela compromisso com a maior parte dos interesses da sociedade, a mera aplicação da lei não significa fazer justiça, posto que existem riscos latentes do julgador incorrer em erro. Sendo assim, na hipótese de conflito entre as possíveis falhas do juiz ou do legislador, seria menos prejudicial que se opte pela do juiz que está mais achegado à situação das partes.

Assim, para que o juiz atinja sua função prima, qual seja fazer justiça, a lei pode ser colocada em segundo plano, de modo que, o juiz deve julgar de acordo com o seu tempo e não necessariamente de acordo com a lei que não se adequa ao caso concreto. Com esse pensamento, faz-se surgir um direito que aproxima o juiz da realidade e o separa do idealismo positivista normativo, direito este voltado à justiça e dissociado da legalidade.

Ademais, o amplo papel do juiz ao sentenciar está associado ao exame das provas, no sentido de prezar pelo correto ajuste jurídico de acordo com os textos legais e à luz dos princípios e das exigências sociais do seu tempo. A partir daí, a fundamentação não pode ficar adstrita à prova dos fatos, mas ainda à prova do valor e da norma sua aplicação. Por outro lado, a fundamentação é a face externa da extensão valorativa, logo, é por meio dela que se tem a percepção do conhecimento do juiz no que faz referência ao caso concreto, ao Direito e ao seu valor.

Cumprido ressaltar que por meio da sentença, o juiz pode gerar algumas transformações sociais, sendo a sentença o momento no qual o juiz revela a realidade social, mostrando-se contra ou a favor, como uma verdadeira expressão de seu dever social.

Em suma, à luz da teoria instrumentalista, a participação do magistrado deve ser constante e efetiva, de modo a garantir um processo eminentemente democrático. Portanto, no âmbito do Estado Social, o juiz é tido como um representante do Estado e para tanto, deve agir de acordo com o interesse coletivo, torna-se um propagador da justiça social. Dessa forma, o poder judiciário terá que lidar com sua quota de responsabilidade política<sup>26</sup>.

Essa tese, que legitima o abandono da imparcialidade do juiz como dogma, vai viabilizar, juntamente com a conjuntura do Estado de Bem Estar social, o surgimento do fenômeno do ativismo judicial. Conforme já indicado, esse fenômeno foi inicialmente descrito nos Estados Unidos, na Suprema Corte, durante o período conhecido como “Era Lochner”, tendo sido primeiro demonstrado em 1947, pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., que detectou nos juízes ativistas uma “maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade”<sup>27</sup>. Nesse sentido, o ativismo judicial nasceu legitimado pela teoria instrumentalista, vinculado diretamente à promoção dos ideais do Estado Social. Assim:

Na reflexão norte-americana, o parâmetro é posto na formação constitucional do país e, então, a situação atual se relaciona com ele como continuidade e desdobramento de uma identidade nacional. O juiz aparece como o continuador da tradição jurídica, com o seu papel de proteger os direitos dos indivíduos, ao assegurar o julgamento pelos pares, o devido processo e a prevalência do *common law*.<sup>28</sup>

No Brasil, por outro lado, conforme será abordado a seguir, o ativismo judicial se origina em outro contexto político, gerando, portanto, um fenômeno diferente, tendo sido, inclusive, descrito como “ativismo judicial à brasileira”<sup>29</sup>.

26 SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporâneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Maurício García (Org.). *El Caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes, 2001.

27 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jun. 2012. p. 39.

28 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 73.

29 VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008.

### 3. O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

#### 3.1. A democracia brasileira e a “confluência perversa”<sup>30</sup>

Uma vez que o objetivo do presente trabalho é investigar o ativismo judicial como decorrência das relações entre direito e democracia, será realizado nesse tópico um breve estudo do regime de governo estabelecido a partir da Constituição Federal de 1988, buscando evidenciar as raízes políticas que o fenômeno tem no país.

Entre as décadas de 1970 e 1980, nos países centrais, o modelo do Estado de Bem Estar Social entra em crise. Os sintomas dessa crise como a desregulamentação do estado e a diminuição da atuação estatal no campo das políticas públicas sociais são bem conhecidos não sendo o propósito do artigo o aprofundamento dessas temáticas. O discurso liberal crescente, denominado agora neoliberalismo, centra-se basicamente na defesa da incapacidade do Estado continuar fazendo frente aos gastos sempre crescentes da previdência social<sup>31</sup>.

O Brasil, embora não possuísse modelo estabelecido de Estado de Bem-Estar Social, também enfrentou uma crise econômica, especialmente durante a década de 1980, a qual ficará conhecida como década perdida. Apesar de já ser realidade nos países centrais, não há no Brasil, que vive uma ditadura militar a partir de 1964, espaço institucional para ativismo judicial, pois:

Durante o regime militar, foram centralizadas no STF atribuições de controle da constitucionalidade, interpretação de leis em tese, supervisão das decisões judiciais e disciplina dos juízes. O papel do STF no controle da constitucionalidade tinha como ponto cego os atos de exceção, excluídos de qualquer exame pelo Judiciário. O monopólio do procurador-geral da República — um cargo de confiança do presidente da República — para o acesso a ações constitucionais originárias no STF permitia controlar a agenda e bloquear questões impertinentes. Embora apenas uma pesquisa detalhada possa revelar os contornos de seu exercício, as características gerais parecem ser: o regime jurisprudencial do controle da constitucionalidade era convergente com o regime governamental autoritário e desenvolvimentista no que se definia sem rigor em conceitos e doutrinas do normativismo sobre o controle formal, exercido com baixa frequência e intensidade.<sup>32</sup>

Somente após a redemocratização, que culmina com a promulgação da Constituição de 1988, é que os tribunais superiores se fortaleceram, voltando a se configurar como importantes atores políticos. A forma que esses tribunais receberam está diretamente vinculada ao processo de redemocratização que foi marcado, a despeito da atuação de inúmeros movimentos sociais, que demandavam formas ampliadas de exercício da cidadania, pelo advento de uma agenda neoliberal, apresentada desde o breve governo Collor, o que resultou em uma verdadeira “confluência perversa”: o projeto neoliberal se instala no mesmo momento histórico em que emergem as demandas por um projeto democrático participativo<sup>33</sup>.

O resultado dessa confluência perversa foi a estruturação de modelo de democracia com baixo índice de participação popular, na qual o mercado emerge como substitutivo da cidadania, por encarnar, supostamente as virtudes do moderno<sup>34</sup>. Dessa forma, o regime democrático então emergente se configura de acordo

30 DAGNINO, Evelina. *Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização*. Polis: Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais, 2004. p. 95.

31 SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporâneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Mauricio García (Org.). *El Caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes, 2001.

32 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?. Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 89.

33 DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? In: Daniel Mato (Coord.). *Políticas de cidadania y sociedad civil em tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004. p. 95-110.

34 DAGNINO, Evelina. *Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização*. Polis: Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais, 2004.

com os ditames do modelo de democracia hegemônico, centrado na representação, baseado na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, no crescente déficit de representação e em uma inclusão política abstrata que oculta a exclusão social. Nesse contexto, a democracia brasileira pode ser descrita como de baixa intensidade, em que os cidadãos são afastados da política, na qual a corrupção é naturalizada<sup>35</sup>, obtendo-se o seguinte diagnóstico:

O diagnóstico de nossa situação presente em nível mundial é que vivemos em sociedades politicamente democráticas, mas socialmente fascistas. Ou seja: está emergindo uma nova forma de fascismo que não é um regime político, mas um regime social. É a situação de gente muito poderosa que tem poder de veto sobre os setores mais fracos da população. (...) Então isso nos leva a outra característica importante que se desdobra em duas, e é o que chamo de desnacionalização do Estado, por um lado — ou seja, o Estado cada vez mais gerindo as pressões globais —, e a desestatização da regulação social, por outro. O Estado deixa de ter o controle da regulação social, criam-se institutos para isso, e o Estado passa a ser apenas um sócio, não tem o monopólio da regulação social<sup>36</sup>.

A proliferação das organizações não governamentais (ONG's) é um fenômeno decorrente da prática de privatização da política. Essas entidades “surgem como atores fundamentais para o desempenho das tarefas antes cabíveis ao estado”<sup>37</sup>

Assim, a democracia brasileira decorre do processo de naturalização do modelo hegemônico, no qual a ideia preponderante para a garantia de direitos civis é o império da lei, reduzindo então o regime democrático a um regime político de transição de poder eficaz, centrado na identificação de cidadania com processo eleitoral e baseado na solução de problemas econômico e sociais por critérios supostamente técnicos<sup>38</sup>.

Mesmo após mais de 20 anos da redemocratização que concebeu o Estado Democrático de Direito brasileiro, não houve superação desse modelo de cidadania. Isso ficou evidente após as jornadas de junho de 2013, que denunciaram que as instituições políticas não são capazes de realizar plenamente as demandas da sociedade. A despolitização, a corrupção endêmica e a desconfiança quanto às instituições públicas revelam o descrédito do sistema representativo<sup>39</sup>. Esvaziada a “política dos políticos”<sup>40</sup>, a sociedade procura formas efetivas de realizar o controle social do Estado.

### 3.2. O Ativismo Judicial no Estado Brasileiro Contemporâneo

É esse o contexto no qual se desenvolve o fenômeno do ativismo judicial no Brasil. A arquitetura institucional então consagrada revela a proeminência do Poder Executivo em detrimento do poder Legislativo, o que demonstra desde já que o Estado brasileiro então configurado também está impregnado da superação da teoria da separação de poderes clássica. Em relação ao Poder Judiciário, cumpre ressaltar que a Constituição de 1988 consagrou em seu texto desejos sociais e políticos, vinculados aos ideais de igualdade material e redistribuição de renda no jargão dos direitos. Essa ampliação do rol de direitos e o consequente fortalecimento das competências do STF e do poder judiciário como um todo ensejaram a evasão de temas políticos para dentro do judiciário, em um processo frequentemente denominado como “judicialização”<sup>41</sup>.

No entanto, até as eleições de 2002, a atuação do Supremo foi mais discreta, combinando “efetivação e neutralização de regras constitucionais”<sup>42</sup> no mesmo sentido das políticas liberalizantes do governo federal.

35 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

36 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 89.

37 BELLO, Enzo. Cidadania, alienação e fetichismo constitucional. In: ENZO, Bello; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. (Org.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 534

38 CHAUI, Marilena O que é Política? In: NOVAES, Adauto (Org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

39 NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As ruas e a democracia*. Brasília: Contraponto, 2013.

40 NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As ruas e a democracia*. Brasília: Contraponto, 2013.

41 VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008.

42 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São

Afinal, até o fim do governo Fernando Henrique Cardoso (2002) havia no STF a presença de ministros nomeados por militares que definiram de modo restritivo as competências criadas pela Constituição de 1988, apropriando-se seletivamente dos poderes nela previstos<sup>43</sup>.

As eleições de 2002, por outro lado, trouxeram à presidência o Partido dos Trabalhadores, que, inicialmente, possuía apoio frágil no Congresso. A partir daí, acirrando-se os desacordos entre poder Executivo e Legislativo, consagrou-se o procedimento de resolver juridicamente questões da arena política, o que foi aperfeiçoado pela reforma do judiciário realizada por meio da emenda constitucional número 45 de 2004<sup>44</sup>. Essa reforma consolidou o STF como corte constitucional e ampliou o impacto de suas decisões, fortalecendo ainda mais as possibilidades judicialização da política. O poder judiciário, especialmente nos tribunais superiores, passou então a adotar de forma mais acentuada uma nova postura interpretativa, de modo a permitir, por via hermenêutica, a correção e a modificação lei, e, até mesmo, a criação de direito novo em que a lei nada específica, além da possibilidade de criação de normas de caráter constitucional por decisão judicial — comportamento que demonstra claramente o ativismo da corte e sua convivência com o afastamento da tese tradicional de separação de poderes.

A partir dessa nova postura, o Supremo decidiu questões políticas e sociais de extrema relevância, como a reforma partidária, a verticalização das coligações partidárias e a lei de biossegurança, assumindo importante papel político sem, por um lado, estar legitimado por eleições, e por outro lado, sem criar formas para maior participação popular. Vale dizer que, ao abandonar sua imparcialidade, resta ao Supremo a problemática da legitimidade. Por não tratar-se de órgão eleito, qual seria então sua legitimidade para decidir questões eminentemente políticas? Até por não poder mais se apoiar no bastião da imparcialidade e da separação de poderes, nada mais tem restado ao Supremo, exceto negar a natureza política de suas decisões, assegurando-se de usar argumentação técnica, portanto neutra, que justifique sua tomada de decisão.

Para demonstrar qualitativamente o que se afirmou quanto à argumentação técnica, veja-se primeiramente a ementa da decisão da ação direta de inconstitucionalidade número 3685-8, envolvendo a questão da verticalização das coligações partidárias, nas quais uma questão política, a verticalização das coligações partidárias, foi decidida com base nos critérios técnicos do “princípio da anterioridade da lei” e da “segurança jurídica”, conforme evidenciado na ementa abaixo:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. **ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. (...) 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF **encerra garantia individual do contribuinte** (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e “a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral” (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos**

Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 81.

43 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 81.

44 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013. p. 81.

dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da **segurança jurídica** (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV(...)) 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.<sup>45</sup>

No mesmo sentido, é possível citar também o processo relativo à reforma partidária, ADI 1351/DF, na qual o STF discutiu a constitucionalidade da lei orgânica dos partidos políticos, lei 9096/95, em especial de seu artigo 13, que ficou conhecido como “cláusula de barreira”. Fica evidente, pela simples leitura da ementa que, apesar de tratar-se claramente de questão de cunho político, o Supremo fundamentou sua decisão em uma questão jurídica, relativa à “inconveniência de vácuo normativo”, conforme abaixo:

PARTIDO POLÍTICO – FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR – PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA – FUNDO PARTIDÁRIO.

Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. **NORMATIZAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE – VÁCUO.** Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a **inconveniência do vácuo normativo**, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional.<sup>46</sup>

No mesmo sentido, o julgamento do mandado de segurança 24831/DF, ao decidir pela instalação obrigatória de Comissão Parlamentar de Inquérito, conforme jurisprudência dominante na corte, o STF vale-se do critério formal do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 58 §3º da Constituição Federal, de acordo com a ementa abaixo:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – DIREITO DE OPOSIÇÃO – PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES – EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO – DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL – INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI – TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES “INTERNA CORPORIS” DAS CASAS LEGISLATIVAS – VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL – IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. (...) —A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. — **Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa.** (...) A maioria legislativa, mediante deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do **direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º**, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo. O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL.<sup>47</sup>

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. *ADI: 1351 DF*. Requerente: Partido Comunista do Brasil e outros. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/12/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007. p. 31. (grifo nosso).

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. *ADI: 1351 DF*. Requerente: Partido Comunista do Brasil e outros. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/12/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007. p. 31.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança. MS 24831 DF*. Impetrante: Pedro Jorge Simon e outros. Relator:

A nova postura ativista do poder judiciário brasileiro evidencia que as teses de imparcialidade que balizaram o comportamento dos juízes até então foram superadas. A teoria instrumentalista, que fundamentou comportamento mais ativo dos juízes, no âmbito do Estado Social, também permite a postura ativista do judiciário no Estado Democrático de Direito. Ao assumir postura ativa na guarda da Constituição, especialmente de uma constituição, como atual, que consagra um enorme rol de direitos, que na prática frequentemente se contradizem, o Supremo adota inevitavelmente uma postura política que vem, frequentemente, legitimada e ocultada por critérios técnicos.

Dessa forma, resta evidente que, diferentemente do ativismo judicial americano, que, até por nascer no bojo de um Estado de Bem Estar Social, vincula-se à promoção dos direitos dos indivíduos, tendo como parâmetro a intenção original do constituinte<sup>48</sup>, o ativismo judicial brasileiro origina-se na democracia contemporânea brasileira a qual, apesar de representar gigantesco avanço em relação ao regime anterior, não logrou êxito em providenciar uma ampla participação direta do cidadão nas decisões políticas. A partir daí, questões políticas controversas, que não logram obter soluções no poder legislativo e executivo, esses sim, legitimados pelo voto, são frequentemente encaminhados para o poder judiciário—, configurando o fenômeno da judicialização da política. Para legitimar as decisões que sobre questões políticas, o Supremo vem utilizando argumentos técnicos para motivar essas decisões, conforme acima demonstrado.

O uso desses critérios técnicos, na resolução de questões políticas por meio do judiciário, revela uma faceta da denominada “ideologia da competência”<sup>49</sup> tão presente na sociedade contemporânea que descreve a sociedade contemporânea pela sua cisão ideológica entre aqueles que possuem conhecimentos técnico-científicos e aqueles que não possuem. Por esse parâmetro, aqueles que dispõem do conhecimento estão aptos a comandar e os demais devem obedecer. Nesse sentido, os membros do judiciário, ao se colocarem como possuidores de um conhecimento técnico altamente avançado levam a autoridade dessa competência a sua decisão, obtendo como consequência imediata a sua legitimação. No entanto, a outra faceta desse caráter técnico de decisões políticas é o aprofundando do afastamento do cidadão da esfera política. Nesses termos, o ativismo judicial é um componente desse afastamento que é uma das características da democracia de baixa intensidade vigente.

#### 4. CONCLUSÃO

A origem do ativismo judicial brasileiro encontra bases profundas na democracia oriunda, por sua vez, do processo de redemocratização que culminou na Constituição Federal de 1988. Essa constituição estabelece regime democrático centrado na representação, com poucas oportunidades de participação direta do cidadão no agir estatal, ainda que seja possível interpretar, a partir da leitura do seu artigo primeiro que o sistema político brasileiro é misto, ou seja, também consagra a participação social. Dessa forma, constitui-se uma democracia de baixa intensidade, que estimula o afastamento do cidadão da vida política, centrando a cidadania nas possibilidades do mercado.

A partir da análise empreendida, percebe-se que a evolução do Estado Liberal para o Estado Social tem reflexos diretos na atuação do poder judiciário. Para a concretização dos fins do estado social exige-se uma atuação dos juízes para além da simples subsunção da lei. Nessa nova ordem, torna-se necessário que os magistrados ao conduzir e decidir os processos sejam orientados por valores presentes no ordenamento jurídico. Na Constituição Federal do Brasil vigente estão consagrados, por exemplo, os objetivos de erradicação da miséria e de diminuição das desigualdades sociais e regionais.

Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 22/06/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-08-2006 PP-00026 EMENT VOL-02240-02 p. 231. (grifo nosso).

48 KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013.

49 CHAUI, Marilena. O que é política? In: NOVAES, Aduino (Org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

Nesse contexto, o processo judicial também se transforma, deixando de ser um fim em si mesmo. O formalismo cede lugar ao instrumentalismo que exige uma postura mais ativa do juiz no processo a fim de garantir que este seja o mais participativo possível para que sejam concretizados os ideais de justiça.

Ao estipular um extenso rol de direitos em seu texto, bem como ao fortalecer e expandir as competências do STF, em especial após a Emenda Constitucional 45/2004, a Constituição Federal de 1988 possibilitou o surgimento de postura ativista nos tribunais brasileiros. A partir de então, questões atinentes à política são frequentemente resolvidas no âmbito jurídico.

O ativismo judicial, portanto, indica um maior comprometimento do poder judiciário com a concretização dos objetivos do Estado Social. Percebe-se ainda que o ativismo do poder judiciário brasileiro está diretamente vinculado ao modelo de democracia predominante no Brasil, centrada no modelo representativo, com poucas formas de participação direta do cidadão. Tendo em vista que questões centrais da democracia brasileira são cada vez mais decididas pelo poder judiciário, que busca legitimar sua atuação, fundamentando sua ação em critérios técnicos, supostamente neutros. Essa fundamentação técnica da resolução de questões políticas revela a emergência da ideologia da competência na sociedade brasileira, que contribui para o aprofundamento do caráter meramente formal da cidadania nacional.

Dessa forma, os limites da democracia representativa traduzidos no descrédito das instituições públicas, em especial do legislativo, fazem com que o judiciário passe a cumprir papel que compete àquele poder, inobstante o fato de o Congresso Nacional (apesar de todas as limitações do modelo representativo) ser composto por membros eleitos, por meio de processo eleitoral baseado no sufrágio universal.

O ativismo judicial, nesse contexto, dificulta o exercício da cidadania ativa. O acionamento do Poder Judiciário para decidir questões políticas que os representantes eleitos não logram resolver, revela o menosprezo do sistema brasileiro pela participação direta de seus cidadãos. Assim, o Poder Judiciário, ao decidir sobre questões políticas, revela faceta da democracia brasileira: o afastamento do cidadão da vida política.

Sendo assim, o ativismo judicial brasileiro é compreendido neste estudo como fenômeno que surge em sua democracia de baixa intensidade, amparado por cidadania meramente formal, revelando-se como elemento intrinsecamente contraditório e limitado. Esse fenômeno aprofunda os limites da democracia ao legitimar-se fazendo do uso de supostos critérios técnicos que revelam uma verdadeira ideologia da competência. Constitui faceta do esquecimento da política. Por fim, cabe ressaltar que não se defende, neste estudo, que as questões políticas sejam decididas exclusivamente pelo legislativo. Pelo contrário, compreende-se a necessidade de ampliação da participação social nas questões políticas, por meio do exercício ativo da cidadania, a fim de se aumentar a legitimidade das políticas públicas capazes de concretizar os objetivos do Estado Social.

## REFERÊNCIAS

- BELLO, Enzo. Cidadania, alienação e fetichismo constitucional. In: ENZO Bello; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. (Org.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. *ADI 3685 DF*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relatora: Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 22/03/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-08-2006 PP-00026 EMENT VOL-02240-02 p. 231.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. *ADI: 1351 DF*. Requerente: Partido Comunista do Brasil e outros. Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 07/12/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-03-2007 p. 68 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007. p. 31.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24831 DF*. Impetrante: Pedro Jorge Simon e outros. Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 22/06/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 04-08-2006 PP-00026 EMENT VOL-02240-02 p. 231.

CHAUI, Marilena O que é política? In: Novaes, Adauto (Org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DAGNINO, Evelina. *Considerações sobre a democracia e os obstáculos à sua concretização*. Polis: Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais, 2004.

DAGNINO, Evelina. Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando? In: Daniel Mato (Coord.). *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004. p. 95-110.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 96, jul. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *As ruas e a democracia*. Brasília: Contraponto, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Los Paisajes de La justicia em las sociedades contemporâneas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; VILLEGAS, Mauricio García (Org.). *El Caleidoscopio de las Justicias em Colômbia*. Bogota: Uniandes. 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SOARES, José Ribamar Barreiro. *Ativismo judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Tese (Doutorado)- Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jun. 2012.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008.

**GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL  
E POLÍTICAS PÚBLICAS**

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação**  
Public politics and judicial activism: the dilemma between effectiveness and the limits of acts

Ana Luisa Tarter Nunes

Nilton Carlos Coutinho

Rafael José Nadim de Lazari

# Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação\*

## Public politics and judicial activism: the dilemma between effectiveness and the limits of acts

Ana Luisa Tarter Nunes\*\*

Nilton Carlos Coutinho\*\*\*

Rafael José Nadim de Lazari\*\*\*\*

### RESUMO

A atual postura ativista do Poder Judiciário tem gerado repercussões nas relações sociais e, especificamente, em relação ao modo de se ver a função judicial dentro do ordenamento jurídico. Desse modo, o presente trabalho realiza uma pesquisa bibliográfica e documental em relação ao tema, de modo a analisar a forma como o ativismo judicial tem sido visto pela doutrina, bem como os dilemas existentes em relação à efetividade das políticas públicas e o limite de atuação do juiz frente à separação constitucional dos poderes e aos limites econômico-financeiros inerentes ao tema. Trata-se de tema relevante em virtude dos conflitos e debates que surgem na sociedade, tendo em vista as garantias asseguradas pela Carta Magna e, em especial, a efetivação dos direitos sociais. Nesse aspecto, serão analisadas questões concretas relacionadas à proteção dos direitos sociais decididas pelo Poder Judiciário e suas implicações no arranjo político-institucional brasileiro, realizando ponderações sobre os limites do ativismo judicial na proteção dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Separação de poderes. Princípios constitucionais. Limitações práticas. Judicialização.

\* Recebido em 06/11/2014

Aprovado em 26/02/2015

\*\* Estudante de graduação em Direito no UniCEUB. E-mail: luisatarter@gmail.com.

\*\*\* Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pelo CESUMAR, Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e professor da Universidade de Brasília – UnB. E-mail: niltonpge@gmail.com.

\*\*\*\* Advogado e consultor jurídico. Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha, de Marília/SP – UNIVEM. E-mail: rafa\_scandurra@hotmail.com.

### ABSTRACT

The current activist stance of the judiciary has generated repercussions in social relations, and specifically in relation to how to see the judicial function within the legal framework. Therefore, the present work perform a bibliographical and documentary research of the subject theme in order to analyze how the judicial activism has been seen by the doctrine and the existing dilemmas regarding the effectiveness of public policies and the limitations of judges facing the constitutional separation of powers and the economic and financial restrictions inherent in the theme. It is a relevant theme, owing to conflicts and debates that arise in society considering the guarantees provided by the *Magna Carta* and, in particular, the realization of

social rights. In this respect, specific questions relating to the protection of social rights decided by the Judiciary and its implications for political arrangement-Brazilian institutional will be analyzed seeking to make notes on the limits of judicial activism in the protection of fundamental rights.

**Keywords:** Judicial activism. Separation of powers. Constitutional principles. Practical limitations.

## 1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial constitui, atualmente, tema central das grandes discussões jurídicas enfrentadas pela doutrina e jurisprudência.

Tal relevância deve-se, dentre outros fatores, em razão das consequências advindas das decisões judiciais em relação ao poder público, bem como dos bens jurídicos protegidos por meio de tal atuação judicial (direitos sociais) os quais compõem os denominados direitos fundamentais.

Do mesmo modo, merecem destaque no estudo do tema os debates relacionados aos princípios constitucionais e os principais argumentos acerca dos limites de atuação do poder judiciário, destacando-se o princípio da separação dos poderes e argumentos de ordem econômica, face à escassez dos recursos do poder público para suprir todos os direitos garantidos constitucionalmente.

Assim, observa-se que as questões relacionadas à jurisdição constitucional não se limitam única e exclusivamente à esfera de interpretação da Constituição Federal, mas, sim, abarcam o problema decorrente das consequências que a fixação casuística do conteúdo de direitos fundamentais pode trazer para o ordenamento jurídico e a segurança jurídica das relações envolvendo o poder público, na medida em que a sensação de discricionariedade das decisões — dando efetividade a determinados direitos fundamentais de alguns cidadãos — traz à tona a discussão acerca da possibilidade de tal ativismo judicial, bem como eventuais limites para tal atuação.

Nesse contexto, o estudo acerca da teoria da tripartição dos poderes, a discricionariedade administrativa na fixação e estabelecimento de políticas públicas, bem como o ativismo judicial e a busca de parâmetros e limites para sua atuação traduzem-se em questões relevantes para o aprimoramento e a manutenção do Estado Democrático e de Direito.

## 2. DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES: LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO

Nossa Constituição proclama a independência e a harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, corolário do princípio da separação dos poderes, surgido como forma de proteção dos direitos fundamentais contra o exercício arbitrário do poder por parte do governante.

No tocante à matéria, é possível encontrar menções à teoria da separação dos poderes na antiguidade (em Platão e Aristóteles), na época medieval (em Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Padua) e na época moderna (por meio de Bodin e Locke).<sup>1</sup>

A denominada “tripartição dos poderes” foi proposta por Montesquieu em sua obra “O Espírito das leis”. Segundo o autor, tal divisão tem como objetivo impedir que um Poder se sobreponha ao outro, surgindo o que se convencionou chamar de “sistema de freios e contrapesos”, de tal forma que incumbe a todos os poderes a tarefa de fiscalizar uns aos outros.

1 MENEZES, Anderson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 246.

Assim, em um Estado Democrático e de Direito, é necessária a existência de um esquema de equilíbrio e harmonia entre os referidos poderes constitucionalmente instituídos, de modo que todos possuam limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.<sup>2</sup>

Conforme se infere na presente Carta Maior, a separação dos poderes<sup>3</sup> se encontra expressamente disposta no art. 2º da Constituição Federal, que prevê que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No entanto, verifica-se que o princípio da separação e independência dos Poderes, como pondera Sepúlveda Pertence, não possui uma fórmula universal e apriorística completa.<sup>4</sup>

Corroborando o entendimento, Kelsen<sup>5</sup> leciona que o conceito de separação de poderes designa princípio de organização política. Para ele, contudo, não há três, mas, sim, duas funções básicas a serem exercidas pelo Estado, quais sejam: a criação e a aplicação do Direito. A propósito, veja-se:

Não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito — subjacente ao dualismo de poder legislativo e executivo (no sentido mais amplo) — tem apenas um caráter relativo.<sup>6</sup>

Nesse sentido, há no Brasil uma separação de funções e não de Poderes, uma vez que todos os “poderes” estão abaixo da Constituição. Em outras palavras, trata-se da premissa hermenêutica de que o poder estatal é um só, materializado na Carta Maior, da qual se extrai que a separação das funções tem como objetivo viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais<sup>7</sup>.

Com base nesse sistema de separação de funções, a execução das políticas públicas fica a cargo da Administração Pública (Poder Executivo) cabendo, entretanto, ao Poder Judiciário a missão de fiscalizar a atuação daquela. Nesse aspecto, veja-se: “A lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a Direito”.<sup>8</sup>

Ao concluir que a separação de poderes não é um fim em si mesmo, observa-se que a característica primordial do movimento constitucionalista foi afirmar os direitos fundamentais, em todas suas gerações, como epicentro do sistema jurídico<sup>9</sup>.

Nessa senda, verifica-se que a questão que sempre causa celeuma se deve à discussão sobre os limites da intervenção do Poder Judiciário na execução das políticas públicas planejadas pelo Administrador Público. Aliás, para muitos, “a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos”<sup>10</sup>. Desse modo, é necessário analisar a responsabilidade de proteção dos direitos fundamentais e sociais pelo Estado a fim de verificar seu modo de atuação, uma vez que é absurdo considerar o princípio da separação de poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, já que esta interpretação aniquila a própria efetividade da separação dos poderes.<sup>11</sup>

2 PEREIRA Francisco Antônio Rodrigues. *Ativismo judicial e a ideia de atividade política do Poder Judiciário*: perfil e limitações. 2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008. p. 24.

3 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

4 Neste sentido, vide ADI 183/MT. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 183-3/MT*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 07 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14699993/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-183-mt>> Acesso em: 22 abr. 2014.

5 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins fontes, 1990. p. 265.

6 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins fontes, 1990. p. 265.

7 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37.

8 art. 5º, XXXV da CF. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.

9 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

10 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 44.

11 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

### 3. OS DIREITOS SOCIAIS E SUA PROTEÇÃO PELO ESTADO

Os direitos sociais são considerados, nas lições de Robert Alexy, como direitos universais morais fundamentais preferenciais e abstratos<sup>12</sup> e caracterizam-se como direitos a prestações sociais estatais, como o direito à saúde, o direito à moradia e outros dispostos na Constituição.

Desse modo, tem-se, nessa perspectiva, exigência em face do Estado, no sentido de que este preste políticas públicas, impondo-se ao Estado uma obrigação de fazer, ou seja uma atuação positiva.

É tamanha a importância da atuação positiva frente aos direitos sociais que se encontra expresso o dever constitucional de agir e de não se abster frente às demandas sociais de modo a não afetar a efetividade dos direitos previstos na Carta Política.

Com efeito, os artigos 3º, I; 1º, IV; 5º, XXIII; 6º e 220 da Constituição Federal são alguns exemplos de direitos sociais de qual a Carta Magna está imbuída. Nessa linha, o maior ponto de concentração desses direitos encontra-se de modo expresso no Capítulo II, do Título II da Constituição Federal, que gerou à Carta Magna a denominação de “Constituição Dirigente” por estarem dispostos as espécies dos Direitos e Garantias Fundamentais e o objetivo fundamental da república Federativa Do Brasil (art. 3º, III, parte final, CF).

Tudo que o dispositivo constitucional do art. 6º afirma serem direitos sociais (a exemplo disso: direito social à educação, saúde, trabalho, segurança e previdência social) são de absoluto dever do Estado de efetiva-los. Nesse sentido, as políticas públicas podem ser conceituadas como ações governamentais ou programas desenvolvidos pelo Estado de modo direto ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar os direitos sociais constitucionalmente previstos.

Nesse aspecto, observa-se que um dos primeiros problemas para a proteção dos direitos sociais pelo Estado refere-se a sua onerosidade face à escassez dos recursos públicos. Contudo, além das questões de ordem econômica, há de se observar, também, que o ativismo judicial encontra entraves de *ordem jurídica*, decorre da questão de muitos desses direitos sociais terem sido trazidos à Constituição Federal na condição de normas constitucionais programáticas<sup>13, 14 e 15</sup>.

Com relação à efetivação das políticas públicas voltadas para a proteção de direitos sociais, observa-se que a discussão existente guarda relação com a temática relacionada à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais.

Neste aspecto, Elival da Silva Ramos opina pela impossibilidade de efetivação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário:

12 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

13 Cf. Miguel Calmon Dantas: “A nota típica das constituições que fixam objetivos e tarefas para o Estado quanto ao contexto social e econômico, como também no respeitante dos direitos fundamentais em geral, especialmente aos direitos sociais, é a feição programática”. DANTAS, Miguel Calmon Dantas. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.

14 O conceito de “normas constitucionais programáticas” é basicamente o mesmo, apesar das diversas classificações de normas constitucionais. CRISAFULLI apud TAVARES, André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 85.), p. ex., fala em normas constitucionais autoaplicáveis e normas dependentes de complementação, sendo estas subdivididas em normas de legislação e normas programáticas. Já Zagrebelsky faz a classificação em normas de eficácia direta e indireta, sendo estas divididas em normas de eficácia diferida, normas de princípio e normas programáticas. ZAGREBELSKY apud TAVARES, André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 85-86.

15 Vale lembrar que, atualmente, boa parte da doutrina dispensa essa classificação dicotômica entre normas constitucionais diretas e não diretas. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève: “[...] se é certo que um determinado entendimento é partilhado pela doutrina, lamentavelmente, ele não sensibilizou, ainda, o Supremo Tribunal Federal que, neste particular, insiste em trabalhar com a surrada e insuficiente dicotomia das normas constitucionais que as separa em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: JUNG, Winfried (Org.). *A constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. (Debates, 20). p. 208-219. p. 213.

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugando com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas — normativas e não normativas — e orçamentárias) a implementação efetiva do direito comparado.<sup>16</sup>

Especificamente em relação a esse tema, a doutrina classifica tais normas em três categorias distintas.

A primeira categoria abrange as normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas nas quais é possível sua aplicação de maneira direta, imediata e integral, não necessitando de outra norma infraconstitucional que a complemente. Deste modo, possuem elas todos os elementos necessários à sua executoriedade. São normas que têm aplicação imediata, independentemente de regulamentação posterior, não estando passíveis de terem os seus efeitos restringidos posteriormente.<sup>17</sup>

A segunda categoria abrange as denominadas normas constitucionais de eficácia limitada.<sup>18</sup> Nessa categoria estão as normas constitucionais que não produzem a plenitude de seus efeitos, dependendo da integração da lei. Desse modo, tal categoria contém os elementos necessários para sua executoriedade. Costumeiramente, essa categoria se subdivide em “normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípio institutivo ou organizativo”<sup>19</sup> (ou normas constitucionais de princípio institutivo) e “normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípio programático ou normas constitucionais de princípio programático”<sup>20</sup> (que são aquelas que estabelecem programas constitucionais a serem seguidos pelo executor). Observe-se que, apesar de — segundo parte da doutrina — não possuírem aplicação imediata, tais normas servem como vetores para o administrador público, mostrando-lhe a direção básica, os princípios e as finalidades que o legislador infraconstitucional deverá seguir, sob pena de violar a ordem constitucional vigente.

Por fim, segundo a doutrina de Silva, tem-se as denominadas normas constitucionais de eficácia contida.<sup>21</sup> Segundo o referido autor, são normas que possuem natureza de normas imperativas, que limitam o Poder Público. Tais normas, em regra, consagram direitos subjetivos de indivíduos e entidades públicas ou privadas e as regras que reduzem o âmbito de eficácia dessas normas consubstanciam-se em limitações a tais direitos subjetivos.<sup>22</sup>

Desse modo, nas normas constitucionais de eficácia contida, o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem para a atuação restritiva, a ser exercida por meio da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciadas.<sup>23</sup> Nesse cenário, a regulamentação dada pelo legislador para as normas constitucionais de eficácia contida deve ser a mais restrita possível, pautando-se apenas pelo limite do absolutamente necessário para assegurar o exercício da liberdade de cada um em harmonia com os preceitos constitucionais.

16 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 266.

17 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros 2012.

18 Maria Helena Diniz as denomina de normas constitucionais de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa. DINIZ apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

19 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118.

20 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 118.

21 Michel Temer as denomina de normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível. TEMER apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

22 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 113-114.

23 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 114.



Segundo sugere José Afonso da Silva, as normas definidoras de direitos prestacionais possuem eficácia limitada e não produzirão todos os efeitos até a edição de legislação regulamentadora ulterior. Nessa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário limitar-se-ia somente àquilo que estaria regulamentado.<sup>24</sup>

Ainda com relação às políticas públicas, destaque-se que a Administração tem o dever de realizar os direitos sociais dos cidadãos, cabendo ao Judiciário a avaliação dos atos administrativos, o que deve ser feito sempre sob a perspectiva dos direitos fundamentais sociais. Ressalta-se que essa atitude não pode ser vista como judicialização da política<sup>25</sup>, dado que não haveria outra alternativa ao Judiciário do que determinar a situação de extrema gravidade, urgência e injustiça exigindo-se, sempre, a aplicação da lei, não podendo o orçamento público ser considerado esfera intocável pelo Judiciário.<sup>26</sup>

Nesse aspecto, os magistrados contam com uma atuação criativa com soluções que são capazes de promover a estabilidade social mediante o atendimento das necessidades básicas da população, não podendo ser considerados simples instrumentos mecânicos de aplicação do Direito.<sup>27</sup>

Assim, restando evidenciada a legitimidade do Poder Judiciário em promover soluções criativas buscando a estabilidade social, cabe abordar a discussão quanto ao conceito e parâmetros da discricionariedade conforme a ótica garantista dos direitos fundamentais proveniente do movimento constitucional.

Segundo preconiza a doutrina, a discricionariedade pode ser verificada na definição de políticas públicas realizadas pelo administrador ao elaborar o orçamento anual de investimentos e custeio da estrutura administrativa em que deve ser proposta a melhor forma de investimento de recursos públicos. No caso do Poder Judiciário, a discricionariedade não pode ser arbitrária, mas, sim, vinculada, determinando a tomada de decisão entre duas ou mais soluções que sejam válidas conforme o Direito, ou seja, a discricionariedade é tomada de decisão entre as possíveis alternativas reguladas por lei.<sup>28</sup>

Além disso, a decisão do magistrado deve estar permeada pela ponderação da moralidade e razoabilidade, de modo a evidenciar a interligação entre esses dois princípios, uma vez que devem existir critérios razoáveis ao serem tomadas decisões discricionárias.

Nesse sentido, como bem dispôs Robert Alexy,<sup>29</sup> o Judiciário, no caso do controle de políticas públicas, deve ser encarado como uma das funções da soberania do Estado em ação, atuando para suprir a omissão ou ausência do legislador ou da Administração procurando, sempre, buscar a proteção dos Direitos fundamentais sociais constitucionalmente instituídos e a democracia.

#### 4. DO ATIVISMO JUDICIAL

Primeiramente deve ser esclarecido que a judicialização de temas constitucionalizados não significa, por si só, ativismo judicial. Ativismo judicial, nos dizeres de Roberto Barroso, corresponde:

[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há

24 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 165.

25 BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados (MS): UFGD, 2009. p. 231.

26 BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados (MS): UFGD, 2009. p. 235.

27 BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados (MS): UFGD, 2009. p. 237.

28 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 57.

29 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

confronto, mas mera ocupação de espaços vazios<sup>30</sup>

Já a judicialização, como indica José de Ribamar, equivale à ideia de transformações de questões políticas e jurídicas bem como seu trânsito pelos tribunais, sendo considerada natural, levando-se em conta o fenômeno da constitucionalização do direito.<sup>31</sup>

O primeiro óbice apontado pelos que adotam a posição contrária ao controle judicial de políticas públicas é a falta de legitimidade do magistrado, uma vez que os juízes não são eleitos para o pleito e, mesmo nos países que são eleitos, não o são para a função de elaborar o direito.<sup>32</sup>

Nessa linha, há, ainda, aqueles que adotam o entendimento no sentido de que a concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário contrariaria a lógica da separação dos poderes por compreendem que a implementação de políticas públicas competiria aos poderes Legislativo e Executivo, que “por terem sido eleitos, representariam melhor a vontade da maioria e, por conseguinte, o princípio democrático”.<sup>33</sup>

Alega-se também que instalar um tribunal como árbitro do processo de poder leva à judicialização da política, o que pode ser extremamente prejudicial especialmente no que tange à imparcialidade dos juízes, requisito crucial para a jurisdição, uma vez que o jogo político, como afirma Américo Bedê, é incompatível com posições neutras ou imparciais<sup>34</sup>. Além disso, o sistema governamental seria transformado em um domínio de juízes, ou seja, nos termos de Loewenstein, se transformaria em uma “judiocracia” (governo de mil tiranos).<sup>35</sup>

Para analisar os argumentos suscitados, é importante esclarecer, preliminarmente, que o ativismo não se limita à mera atividade de criação do juiz. Isso porque uma decisão judicial deve ser considerada inclusive no “efeito dominó” que pode ocasionar. Nesse sentido, tem razão Elival da Silva Ramos, em temer que, no rastro de uma decisão que determina o atendimento em creche e pré-escola as crianças, numa determinada faixa etária, se pleiteie junto ao Judiciário o direito social à moradia, afinal, foi-se o tempo em que normas sociais programáticas tinham conotação política<sup>36</sup>.

Há, entretanto, entendimento contrário, no sentido de que, por se tratarem de direitos fundamentais do indivíduo, não é lícito à Administração Pública omitir-se na proteção de tais direitos, de tal forma que poderia o Poder Judiciário intervir nessas questões.

Segundo esse último posicionamento, cabe ao poder judiciário, ao aplicar as normas constitucionais previsoras de direitos fundamentais, a tarefa de interpretá-las de modo a possibilitar a aplicabilidade imediata de tal direito.<sup>37</sup>

Corroborando com o entendimento, argumenta Adriana Schier que o Estado deve desenvolver políticas públicas com a finalidade de estender a todos os indivíduos os direitos fundamentais e sociais e materializar

30 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD: Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. p. 8.

31 SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. 193 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasília, 2010. p. 7.

32 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 51.

33 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. 2005. 185 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. p. 15.

34 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 52.

35 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964. p. 325.

36 As normas sociais programáticas com conotação política ganharam o desprezo da doutrina constitucionalista majoritária, dada a carência de efetividade destas, condicionadas à boa-vontade dos agentes públicos, obstruídas pela burocracia e falta de planejamento. Neste sentido, Andreas J. Krell: “Outros autores não aceitam a expressão normas “programáticas”, visto que, no passado, essa foi utilizada para enfatizar um pretensão caráter não jurídico e meramente político das mesmas, com a finalidade de criar um bloqueio para sua efetividade”. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 20.

37 PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 90-91.

uma ordem social mais justa. Nesse modelo, ocorre o reforço da independência da função judiciária e consequente aumento de seu papel no controle de atividades dos demais poderes.<sup>38</sup>

Assim, é possível afirmar-se que o ativismo judicial, em que pese as críticas que geralmente lhe são feitas, pode contribuir para a efetiva proteção dos direitos dos cidadãos. Contudo, tal ativismo pode trazer consequências para a gestão administrativa, eis que eventuais políticas públicas elaboradas para atender determinada necessidade social podem ser afetadas em razão do citado ativismo judicial.

## 5. PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo Appio, as políticas públicas têm como finalidade procurar garantir a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos, assegurando-lhes as condições materiais para uma existência digna. São, em suma, instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade.<sup>39</sup>

Importante destacar as questões de ordem econômica, consistentes no fato de serem os direitos sociais extremamente problemáticos aos cofres públicos porque, apesar de dispendiosos, são geralmente destinados a atender a um interesse individual e não coletivo, o que faz com que escolhas de interesse predominante necessitem ser feitas, desde que respeitado um mínimo existencial de cada cidadão.<sup>40</sup> Sendo assim, é inexigível ao Estado que cada brasileiro tenha uma casa para morar, ou que a rede pública forneça todos os medicamentos possíveis para todas as enfermidades, ou que a segurança pública seja desempenhada de maneira profícua e suficiente. Disso decorre a chamada “reserva do possível”, com berço no Tribunal Constitucional Federal alemão.

Sobre o tema, Ana Carolina Lopes Olsen opina:

[...] a reserva do possível determina que um direito só poderá ser exigido dentro das condições fáticas existentes. Todavia, a partir desta noção, verifica-se certa insegurança na doutrina e na jurisprudência quando se faz necessária uma referência à reserva do possível, sendo que alguns tratam-na como princípio, outros como cláusula ou postulado, e outros são mais específicos ao tratá-la como condição de realidade [...]. Diante desse quadro parece mais adequado tratar exclusivamente de “reserva do possível”, como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais.<sup>41</sup>

Ana Paula de Barcellos, com propriedade, sintetiza que

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase infinitas a serem por ele supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.<sup>42</sup>

Ante o acima mencionado, infere-se que, por “reserva do possível”, entende-se o reconhecimento honoroso estatal de sua incapacidade em atender às necessidades ilimitadas da população, dados seus recursos,

38 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 71.

39 APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 136.

40 Vidal Serrano explica o “mínimo”: “O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o chamado mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais as necessidades mínimas que um ser humano, se por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve observar”. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 72.

41 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 199-200.

42 BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

limitados. Para maximizar esforços e ampliar resultados, o Estado se utiliza de auxiliares, como quando se vale da concessão, permissão e autorização de serviços públicos<sup>43</sup>, quando recebe auxílio do chamado “Terceiro Setor”, e quando permite a exploração, pela iniciativa privada, de algumas dessas atividades, como o ensino privado (art. 197, CF) e a saúde particular (art. 195).

Contudo, tratando-se de um direito fundamental do indivíduo, o mero argumento do “economicamente possível” não pode ser visto de forma isolada, mas, sim, em função de todo um conjunto de elementos e prioridades a ele relacionados, visando, sempre, a manutenção da dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto, observe-se que todos os direitos possuem custo de efetivação e são pagos direta ou indiretamente, em geral, por políticas públicas governamentais (que são custeadas por recursos orçamentais viabilizados por pagamentos de tributos e demais fontes de receitas) e por serviços públicos.<sup>44</sup>

Desse modo, é possível concluir que mesmo a alegação de falta de aporte financeiro não descaracteriza a omissão do Poder responsável frente a encargo de caráter mandatório na realização de políticas públicas em prol de direitos sociais, uma vez que os indicadores constitucionais que parametrizam o mínimo essencial da dignidade humana não podem ser desconsiderados nem pelo setor público nem pelo privado. Logo, tal alegação não constitui argumento válido que afaste a possível intervenção Judiciária frente à necessária efetivação de políticas públicas.

Para proteger o cidadão em face de eventuais violações a sua dignidade, passou-se a defender a existência de um “mínimo existencial”, o qual, segundo a doutrina internacional e alguns doutrinadores jurídicos nacionais, como Ricardo Lobo Torres, corresponderia a condições mínimas para uma vida humana digna<sup>45</sup>, ou seja, condição mínima de subsistência de modo que a dignidade humana e as condições materiais não retrocedam além do mínimo. No âmbito da doutrina internacional, Canotilho<sup>46</sup> enxerga a efetivação de referido mínimo existencial na dimensão dos direitos sociais e outros direitos como econômicos e culturais.

A partir dessa perspectiva, a limitação de recursos públicos se torna verdadeira limitação fática à efetivação dos direitos sociais prestacionais, o que implicaria relativizar a concepção destes direitos frente a argumentos vinculados aos recursos disponíveis. Ou seja, seria a concepção de que os Direitos Fundamentais Sociais seriam dependentes aos recursos econômicos existentes.<sup>47</sup>

Que isso não signifique, contudo, que se obste o Judiciário, indistintamente, implementar tais espécies de normas. Até, porque, consoante expressa disposição constitucional, cabe ao Poder Judiciário manifestar-se sobre lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Assim, tem-se que, em determinadas hipóteses, é possível o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. E uma dessas hipóteses refere-se à implementação de políticas públicas.

Contudo, entende-se que tal “ativismo” seja feito com *critérios*, ou seja: por meio de elementos que confeririam ao fenômeno boa dose de racionalidade, colocando fim ao mero estado de consciência do julgador que costuma nortear essas decisões.

43 art. 175 e seguintes. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015

44 NOVAK, William J. *The people's welfare: law and regulation in nineteenth-century America*. Boston: Harvard University Press, 2006. p. 49.

45 TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46. p. 26.

46 CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991

47 CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 45.

## 6. EM BUSCA DE LIMITES E PARÂMETROS PARA O ATIVISMO JUDICIAL

A reserva do possível costuma ser utilizada como uma espécie de limitação à intervenção do Poder Judiciário.<sup>48</sup> Observe-se, entretanto, que, na hipótese dos Poderes Executivo e Legislativo, não promoverem as condutas necessárias para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de que seus objetivos fundamentais possam ser materialmente alcançados no tempo, caberá ao poder Judiciário intervir, mediante atividade tipicamente jurisdicional, nas respectivas políticas públicas.<sup>49</sup>

Tal possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em sede de políticas públicas deve realizar-se de forma razoável e proporcional, buscando-se a garantia do mínimo existencial.<sup>50</sup>

Assim, ao apreciar determinada política pública, o poder judiciário deve analisar todos os elementos que a envolvem, sob pena de ocorrer invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo.<sup>51</sup>

De todo modo, a reserva do possível não pode ser analisada de modo subjetivo por quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la. A depender das circunstâncias fáticas, pode ser necessário o cumprimento obrigatório de uma decisão, como no caso da concessão de remédios para a garantia do direito fundamental à saúde.<sup>52</sup>

Nesse aspecto, veja-se que no julgamento do AI 734.487-AgR manteve-se o posicionamento de que o direito a saúde é constitui-se como uma prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. Assim, consoante restou decidido naquela oportunidade, é plenamente possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.<sup>53</sup>

Observe-se, no entanto, que tal decisão limita a atuação do poder judiciário às hipóteses em que o poder público não cumpriu com suas obrigações constitucionalmente previstas. Caso contrário haveria, de fato, a ingerência do poder judiciário em relação à Administração Pública, violando, no nosso entender, o princípio da separação dos poderes.

Assim, quando o Poder Público se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional transgride frontalmente os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, dando azo a atuação estatal.

Como sabemos, a decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas. Em razão de tal exigência, a doutrina aponta a reserva de consistência como relevante fundamento para a autocontenção, afirmando que as interpretações judiciais exigem uma reserva de consistência para se sobreponem às interpretações legislativas impedindo o juiz de efetivar políticas públicas de certa complexidade. Ou seja, o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais acabaria constituindo-se como um limitador para o ativismo judicial em determinadas situações.<sup>54</sup>

48 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 149.

49 CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a 'reserva do possível': dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236. p. 233.

50 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 149.

51 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23.

52 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77.

53 AI 734.487-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20.8.2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. AI 734.487-AgR. Segunda Turma. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

54 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 120.

Do mesmo modo, também é certo que a variável econômica ganha relevância em sede de ativismo judicial e efetividade de direitos. Contudo, apesar dela encontrar-se intimamente vinculada às condições e possibilidades de execução de políticas públicas em prol da defesa e efetivação dos direitos sociais, a mesma não é condição imutável, devendo ser vista como condição a ser constituída previamente pelos atores políticos e sociais que são constitucionalmente responsáveis.<sup>55</sup>

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715/SP<sup>56</sup>, de relatoria do Min. Celso de Mello (DJ 03.02.2006), manifestou-se no sentido de que a prerrogativa constitucional de formular e executar políticas públicas reside primordialmente nos Poderes Legislativo e Executivo, sendo possível, no entanto, que o Poder Judiciário, ainda que de modo excepcional (e, especialmente, nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Carta Magna) determine que tais políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes. Em outras palavras, firmou-se o entendimento de que é possível o ativismo judicial quando ficar caracterizada a omissão ou o descumprimento dos encargos políticos de caráter mandatário, de modo a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais.

Assim, a atuação do Poder Judiciário em situações de lesão a direitos fundamentais passa a ter respaldo constitucional. Aliás, segundo Ana Paula de Barcellos<sup>57</sup> o “neoconstitucionalismo” gerou a defesa de um novo paradigma constitucional no Brasil correspondente à superioridade e a centralidade da Constituição tendo como efeitos o reconhecimento da força normativa, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional

Como essas características sempre estiveram presentes no constitucionalismo em si, sobressai nas atuais decisões brasileiras um tipo de constitucionalismo ativista fortemente marcado por uma retórica de forte moralismo jurídico.<sup>58</sup>

A modernidade, como dialoga Dieter Grimm,<sup>59</sup> faz com que o direito extraia sua fundamentação da política e esta passa a estar condicionada e limitada por ele, o que não exclui a exigência de nas decisões existir um sopesamento de normas, princípios e valores.

Assim, o ativismo judicial deve pautar-se segundo os interesses em discussão no caso concreto, adotando-se a decisão mais apta ao atingimento dos fins objetivados pela norma, respeitando-se as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal e os atributos e características inerentes à atuação de cada um dos “poderes” constitucionalmente estabelecidos.

Nesse sentido, tem-se que, em se tratando de ato administrativo discricionário, deve o juiz decidir se o administrador agiu dentro do espaço de conveniência e oportunidade que a lei lhe conferiu. Isso porque tais atos devem ser praticados dentro dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade estabelecidos.

Logo, se o administrador praticou o ato dentro dos referidos limites, tem-se que o ato é compatível com a lei e a ordem jurídica, razão pela qual não há que se falar em alteração pelo poder judiciário. Contudo, caso ele viole o interesse público ou legalidade, a revisão judicial é medida que se impõe.

55 LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: o desafio do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. *RE-AgR 410715/SP*. Segunda Turma. Agravante: Município de Santo Andre. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STF%20-%20Creche%20-%20RE-AgR\\_410715.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STF%20-%20Creche%20-%20RE-AgR_410715.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2014.

57 BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.15, jan./mar. 2007. p. 2.

58 DIMOULIS, Dimitri. *Anotações sobre o neoconstitucionalismo (e sua crítica)*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, mar. 2008. (Working Paper). p. 17.

59 GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

## 7. CONCLUSÃO

A denominada independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tem como objetivo principal a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra o exercício arbitrário do poder por parte do governante.

Do mesmo modo, a Constituição Federal proclama que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a Direito.

Logo, ficando caracterizada — no caso concreto — a omissão do poder público, torna-se possível o ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário, com vistas à proteção do direito lesado.

A atuação do Judiciário, ao intervir na determinação de execução de procedimentos para cumprimento de políticas públicas, não faz com que o Judiciário aproprie-se das funções do Poder Executivo. Trata-se de correção de omissão estatal, bem como a compreensão de que o magistrado não pode ser encarado como mero aplicador mecânico da lei. Deve, sim, buscar atender o interesse maior (consistente na proteção do indivíduo) e que constitui a razão de existência do Estado, justificando a atuação do Judiciário em resgatar a efetivação das previsões constitucionais.

Por isso, tratando-se de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, tem-se que o Poder Judiciário possui legitimidade para a efetivação de tais direitos. Contudo, não pode o juiz fixar amplamente políticas públicas ou discricionariamente escolher uma solução política para o caso, uma vez que se trata de uma atuação que deve observar limites.<sup>60</sup>

Tal “ativismo”, no entanto, deve ser feito com critérios, ou seja: por meio de elementos que confeririam ao fenômeno boa dose de racionalidade, colocando fim ao mero estado de consciência do julgador que costuma nortear essas decisões.

A decisão judicial deve levar em consideração a razoabilidade da pretensão manejada junto ao Poder Judiciário (com base no princípio do mínimo existencial) e, também, a existência de disponibilidade financeira do Estado a fim de tonar concretas e efetivas as prestações que lhes são exigidas.

Assim, deve o magistrado pautar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a adotar a melhor decisão para o caso concreto, sem deixar de observar os valores e direitos constitucionais pleiteados e a cláusula da reserva do possível orçamentário com base nas verbas públicas disponíveis para a execução de determinada política pública.<sup>61</sup>

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

APPIO, Eduardo Fernando. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. 473 f. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. 2005. 185 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

60 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 232.

61 HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.15, jan./mar. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD: Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.
- BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados (MS): UFGD, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 183-3/MT*. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 07 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14699993/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-183-mt>> Acesso em: 22 abr. 2014
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI 734.487-AgR*. Segunda Turma. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 22 abr. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. *RE-AgR 410715/SP*. Segunda Turma. Agravante: Município de Santo Andre. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STF%20-%20Creche%20-%20RE-AgR\\_410715.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STF%20-%20Creche%20-%20RE-AgR_410715.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236.
- CANOTILHO, José J. Gomes; MOREIRA, Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: JUNG, Winfried (Org.). *A constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999. (Debates, 20). p. 208-219.
- DANTAS, Miguel Calmon Dantas. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri. *Anotações sobre o neoconstitucionalismo (e sua crítica)*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. (Working Paper).
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HESS, Heliana Maria Coutinho. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.



- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: o desafio do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.
- MENEZES, Anderson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NOVAK, William J. *The people's welfare: law and regulation in nineteenth-century America*. Boston: Harvard University Press, 2006.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PEREIRA, Francisco Antônio Rodrigues. *Ativismo judicial e a ideia de atividade política do Poder Judiciário: perfil e limitações*. 2008. f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. 2010. 193 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasília, 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TAVARES, André Ramos Tavares. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TORRES, Ricardo lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Controle Judicial das Políticas  
Públicas: perspectiva da  
hermenêutica filosófica e  
constitucional**

**Judicial Control of Public Policy:  
perspective of philosophical  
and constitutional hermeneutics**

Selma Leite do Nascimento  
Sauerbronn de Souza

# Controle Judicial das Políticas Públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional\*

## Judicial Control of Public Policy: perspective of philosophical and constitutional hermeneutics

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza\*\*

### RESUMO

O presente artigo trata do controle judicial das políticas públicas, sob a ótica da hermenêutica filosófica e constitucional, e almeja apresentar alguns instrumentos de hermenêutica que podem contribuir para uma reflexão no que toca aos limites deste controle. Valendo-se da revisão da literatura, o texto estrutura-se apresentando em primeiro momento alguns conceitos sobre políticas públicas e as objeções sustentadas pela doutrina quanto à possibilidade de controle judicial neste campo e os seus limites. Em seguida, são trazidos elementos teóricos da hermenêutica filosófica e constitucional e da indeterminação do direito. No terceiro momento, destacam-se algumas tensões entre as opções valorativas, dispondo instrumentos da hermenêutica, para, ao final, concluir que referidos instrumentos são de extrema utilidade como demarcadores do controle judicial das políticas públicas. A pesquisa registra valor acadêmico, ante o desafio que se coloca para o mundo jurídico, quanto à efetividade das políticas públicas, notadamente quanto ao controle dessas políticas pelo Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Controle Judicial. Instrumentos da hermenêutica.

### ABSTRACT

This article deals with the judicial control of public policy, from the perspective of philosophical hermeneutics and constitutional aims to present some tools that hermeneutics can contribute to a reflection as regards the limits of this control. Drawing on the literature review, the text is structured at first presenting some concepts of public policy and the objections sustained by the doctrine as to the possibility of judicial review in this field and its limits. Then will be brought theoretical elements of philosophical hermeneutics of indeterminacy and constitutional law. In the third phase will highlight some tensions between value choices, providing tools of hermeneutics which, it is believed, can be considered and used as paths of judicial public policy.

**Keywords:** Public Policy. Judicial control. Instruments of hermeneutics

\* Artigo convidado.

\*\* A autora é Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Programa Mestrado e Doutorado – ICPD – UniCEUB. É professora da graduação do Curso de Direito, disciplina Direito da Criança e do Adolescente. É professora assistente do Núcleo de Atividades Complementares da FAJS-UniCEUB. É professora da Disciplina Direito da Criança e do Adolescente no Programa de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público da União. É Procuradora de Justiça, em exercício na 9ª Procuradoria de Justiça Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. E-mail: selma.souza@uniceub.br

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa compreender o controle judicial das políticas públicas, a partir da perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional, e tem por objetivo abordar alguns instrumentos de hermenêutica que podem colaborar para uma reflexão sobre tema tão espinhoso para os campos, jurídico, político e social, no que toca à possibilidade e aos limites deste controle ante o recorrente discurso de invasão das esferas dos Poderes Constituídos.

A partir do Estado Social, a ideologia socialista e democrática manteve a compreensão de limitação do poder pela Constituição, contudo, acrescentando-lhe uma vertente positiva, qual seja a realização dos direitos sociais, na ótica da igualdade substantiva dos cidadãos, o que implica cumprimento de obrigações por parte do Estado. Nesse sentido, quanto aos direitos sociais, ao Estado cabe desenvolver *performance* não mais de reação e sim de prestação desses direitos por meio das políticas públicas. Esse viés prestacional terminou por dimensionar as competências do Poder Executivo ou função Executiva em relação à sociedade.

A ampliação do constitucionalismo social, tendo como marco temporal o século XX, levou as demandas de garantia dos direitos sociais para o portal do judiciário, a partir do entendimento de que esses direitos sociais simbolizavam, em conjunto, o direito à realização de políticas públicas. Com base nesse fenômeno, surgem indagações quanto à possibilidade de interferência jurisdicional no campo das políticas públicas e, se possível, quais os limites dessa interferência no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Ao refletir sobre esse modelo de Estado, é imprescindível que seja observado que a Constituição Federal de 1988 surgiu num ambiente de conflito de modelos, que Kuhn chamaria de crise<sup>1</sup> do Estado brasileiro, em razão da fragilidade decisória do Estado, ante as obrigações assumidas na seara dos direitos sociais, contexto que, naturalmente, conduziu os conflitos nessa área para o judiciário, colaborando, dessa forma, para o surgimento de tensões entre direitos sociais, que são reforçadas em face da complexidade da sociedade contemporânea, ou seja, presença do pluralismo de interesses sobre os quais o juiz é chamado a apreciar.

Além desse ambiente de crise, observa-se que as diversas instituições derivadas deste modelo de Estado, que naturalmente podem estar num processo de busca de uma identidade, apresentam-se como instituições estáveis e homogêneas, perante a sociedade e o próprio Estado. Contudo, não raro, essas instituições têm atuação incoerente e inconsistente<sup>2</sup> em verdadeiro descompasso com as exigências sociais, resultando em demandas marcadas pela complexidade.

Assim, no intuito de colaborar para esta reflexão, o presente artigo parte da revisão da literatura, a fim de apresentar inicialmente os conceitos de política pública e os óbices levantados pela doutrina quanto ao controle judicial das políticas públicas. O segundo momento está reservado para dispor sobre alguns aspectos da hermenêutica filosófica e constitucional e a indeterminação do direito, com atenção para a vagueza e ambiguidade. Em seguida serão abordadas as tensões entre as opções valorativas, apresentando instrumentos da hermenêutica que podem ser reconhecidos como limites do controle judicial das políticas públicas.

1 KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 3. ed. São. Paulo: Perspectiva, 1992. p. 184.

2 Freitas Filho e Moraes Lima sustentam que o conceito de coerência abrange o de consistência e, orientados por MacCormick, assim refletem: a consistência é um conceito ligado à falta de contradições e inconsistências, notadamente na relação entre dois textos normativos de uma ordem jurídica; a coerência vai além, pois se acha relacionada a todo sistema, que requer estrutura racional maximizada, de modo a não atender objetivos inconsistentes entre si. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões: MAD. *Universitas Jus*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. p. 07.

## 2. POLÍTICAS PÚBLICAS E AS DIFICULDADES DE CONTROLE JUDICIAL

Neste ponto serão trazidos alguns elementos teóricos pertinentes ao conceito de políticas públicas, considerando-se que o tema possui vasta reflexão teórica no campo da ciência política, pelo que deve ser abordado com certo cuidado no âmbito do Direito, no intuito de evitar ambiguidades que venham a comprometer a compreensão do leitor. Ainda, serão elencados os motivos impeditivos apontados pela doutrina quanto ao controle judicial das políticas públicas.

### 2.1. Conceito de Políticas Públicas

Os teóricos, de forma recorrente, sustentam que não existe uma melhor definição de política pública, pois depende do contexto social e político de sua aplicação.

Na ótica elitista, para conceituar política pública, Assunção faz referência a Harold D. Lasswell, que lança a máxima “*quem ganha o quê, quando e como*”, ou seja, quais são os atores, grupos econômicos, sociais, políticos, militares, religiosos que possuem poder para decidir sobre políticas públicas, a fim de alcançar o que se pretende, recursos, benefícios, direitos, etc.<sup>3</sup>. A autora define política pública como um conjunto articulado de ações, decisões e incentivos que almejam modificar uma realidade, em resposta aos interesses envolvidos, e essas ações conferirão características a vários tipos de políticas públicas<sup>4</sup>.

Souza<sup>5</sup> busca desenvolver um conceito de política pública, apreciando o pensamento de Mead, que a define como uma área de estudo da política que avalia o governo a partir de grandes questões públicas. Prossegue, citando Peters, que afirma que política pública cuida-se de uma soma das ações dos governos, diretamente ou por delegação, que influenciam a vida dos cidadãos. Dye dispõe que política pública é o que o governo decide fazer ou não fazer. Na sua análise, a autora sustenta que política pública é a área do conhecimento que tem por objetivo “colocar o governo em ação e/ ou analisar essa ação (variável e independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”.

Teodor Lowi, citado por Souza, descreve quatro formatos de políticas públicas: o das políticas distributivas, concebidas em decisões tomadas pelo governo que não levam em consideração a limitação de recursos, com repercussão mais individual do que coletiva, na medida em que cria privilégios para determinados grupos sociais ou regiões; o segundo é o das políticas regulatórias, que envolvem burocracia e são mais visíveis ao público; o terceiro é o das políticas redistributivas que abrangem um maior número de pessoas, são as políticas sociais universais; e por último a política constitutiva, que versa sobre procedimentos<sup>6</sup>.

Independentemente do tipo de política, ela percorre um ciclo ou fases: definição de agenda, formulação, implementação, monitoramento e avaliação. Um governo define a sua agenda política a partir de três perspectivas: no problema, reconhecendo que o problema existe, sendo necessário atacá-lo; a segunda, na política propriamente dita, a partir da construção de uma consciência coletiva acerca da necessidade de solucionar um problema; a terceira nos participantes, chamados pela autora de visíveis e invisíveis. Os primeiros, a mídia, políticos, partidos, grupos de pressão, os segundos, a burocracia e os acadêmicos.

Nota-se que o novo gerenciamento político e a política fiscal de gasto vêm determinando novos modelos de política pública direcionados à efetividade<sup>7</sup>. Esse novo olhar parte do princípio de que as políticas públi-

3 RODRIGUES, Marta M. Assunção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. p. 33.

4 RODRIGUES, Marta M. Assunção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. p. 52.

5 SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Programa de Pós-graduação em Sociologia, Porto Alegre, jan./jun. de 1999. v. 1. p. 24.

6 SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Programa de Pós-graduação em Sociologia, Porto Alegre, jan./jun. de 1999. v. 1. p. 30.

7 Sobre efetividade e eficácia em política pública, a literatura caminha em três perspectivas; uma que utiliza o termo efetividade, sem qualquer alusão à eficácia; a segunda que refere-se aos termos eficácia e efetividade como termos sinônimos e a terceira que faz

cas estavam focadas em visões redistributiva ou distributiva, desprezando o elemento efetividade; segundo Olson, interesse público não é a soma dos interesses dos grupos. Assim, a “*boa*” política não pode resultar de conflitos entre grupos e sim de uma análise racional.

Dos conceitos acima, é possível inferir que não há um consenso no campo da ciência política, o que torna a questão mais complexa no campo do direito, razão pela qual a doutrina jurídica buscou cunhar um conceito de políticas públicas, elemento teórico que mostra-se imprescindível para os decisores dos conflitos envolvendo políticas públicas. Nessa perspectiva, seguindo as contribuições de Bucci, política pública neste artigo é compreendida como:

programa de ações governamentais articuladas, cuja finalidade é movimentar a máquina governamental, no sentido de realizar objetivos de ordem pública ou, na ótica jurista, concretizar direitos e modificar uma realidade, em resposta aos interesses envolvidos<sup>8</sup>.

Diante do conceito formulado por Bucci, em cotejo com o modelo de Estado Democrático e de Direito, percebe-se que a liberdade do governo na adoção de ações deve pautar-se na concretude dos direitos sociais e na soberania do povo, refletidas nas leis e na Constituição Federal, cujo aparato normativo norteará a prevalência da política, as ações, as metas, as estratégias e o tipo de política.

## 2.2. Controle Judicial: breve descrição dos motivos impeditivos levantados pela doutrina.

Observa-se que é crescente a fragilização dos direitos sociais e econômicos em virtude do abandono das políticas sociais, o que indica o declínio do Estado do Bem- Estar. O modelo positivista liberal, cuja legitimidade baseia-se na ideia de representação popular, encontra-se em fase de tensão. Essa tensão deve-se à necessidade de uso de modelos pensados para outro contexto econômico-político com o mesmo grau de funcionalidade. Em razão disso é que o tema se converge para a teoria da interpretação constitucional<sup>9</sup>.

O projeto democrático requer um judiciário capaz de desempenhar papel relevante, que não será realizado a contento, caso utilize uma teoria formal de interpretação, em que a lei seja o elo principal que liga o agir jurisdicional a sobria popular, a ponto de se confundir o direito e a lei. O direito refere-se à realidade, ao ato, enquanto a lei refere-se à possibilidade, potencialidade<sup>10</sup>. Lembra-se de que boa parte dos projetos de lei é apresentada pelo poder executivo, ou seja, leis que não são elaboradas por parlamentares, o que por certo acaba esvaziando a função legislativa, levando ao seu enfraquecimento. Dessa forma, esse processo termina afastando a lei da vontade do povo.

Por tais motivos, cabe ao judiciário, em busca da concretização das normas constitucionais, recorrer aos princípios e interpretar o direito como um todo, não significando que o Executivo, nesse momento, seja substituído pelo poder judiciário na função de definir políticas públicas e sim de inserir as políticas públicas na ordem jurídica, sujeitando-as a essa mesma ordem<sup>11</sup>.

---

distinção entre ambos os termos. Na primeira vertente, aponta-se Ander-Egg. ANDER-EGG, E. *Evaluación de programas de trabajo social*. 2. ed. Buenos Aires, 1990. p. 30. BRIONES, G. *Evaluación de programas sociales*. México: Trilhas, 1998. No presente trabalho o termo efetividade será utilizado como proposto pela terceira perspectiva doutrinária. Assim, a eficácia envolve o alcance dos objetivos e metas dentro de um período de tempo. Já a efetividade é fixada considerando a relação entre os resultados concretos conquistados e os objetivos atingidos. Resultados concretos são aqueles impactantes de um projeto. COHEN, E.; FRANCO, R. *Avaliação de projetos sociais*. 3. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 92-93.

8 BUCCI, Maria Paula Dalallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

9 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 67.

10 VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación: ementos de teoria hermenêutica del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 303.

11 Segundo Eros Graus “*uma política pública não é apenas uma continuidade de atos e normas, mas uma prática que em qualquer sociedade democrática há de ser implementada nos limites da legalidade*”. SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p.70.

Dalari salienta que, por políticas públicas, deve-se compreender que é noção mais ampla que a de um simples plano ou programa, pois envolve um processo de escolhas de meios para a concretização dos objetivos do governo. Observa-se certa margem de opção entre o leque de objetivos.

Considerando-se que as políticas públicas têm cimento constitucional, notadamente quanto àquelas pertinentes aos direitos sociais, infere-se que o controle judicial integra as estratégias de ação coletiva à realização desses direitos.

As dificuldades apresentadas pelos teóricos, segundo Lourido, quanto à interferência ou controle do Poder Judiciário nas políticas públicas, geralmente são as seguintes<sup>12</sup>:

- a) As políticas públicas parecem estar em um setor intermediário entre a lei e o ato administrativo que raramente apresenta efeitos concretos. A necessidade de aprovação de leis que importem em planos, programas etc, geraria uma demanda pesada para o legislativo.
- b) Necessidade de um extenso suporte institucional com a finalidade de realizar um controle finalístico fora do judiciário.
- c) falta de uma cultura cívica formatada na democracia dificulta a participação do povo.
- d) Os partidos políticos encontram-se enfraquecidos, pois se afastaram da ideologia.
- e) Existência de normas e princípios com indeterminação e vagueza.
- f) O controle da constitucionalidade envolve atos e não atividades <sup>3</sup>/<sub>4</sub> que são expressas por meio de programas ou políticas, o que sinaliza que interferência jurisdicional nesta área será pontual.
- g) O controle judicial das políticas públicas esbarra nos óbices relacionados ao princípio da separação dos poderes.

Verifica-se que os questionamentos acima se devem ao desconhecimento ou resistência à racionalidade do processo que resulta a decisão judicial. Na seara das políticas públicas, as questões de natureza política atingem a vida dos cidadãos, seja diretamente, seja indiretamente, indicando que uma pluralidade de interesses será encaminhada para o portal do judiciário, contexto que requer atenção quanto à racionalidade do processo decisório, por meio da mediação das normas e dos princípios.

A fim de atender às dificuldades acima elencadas, compete ao Poder Judiciário exercer função de controle no campo das políticas públicas, por meio dessa mediação das normas e dos princípios, utilizando-se das técnicas de hermenêutica, assim aprimorando o desempenho de sua função enquanto Poder Constituído.

### **3. ALGUNS ASPECTOS SOBRE A HERMENÊUTICA E A INDETERMINAÇÃO DO DIREITO.**

#### **3.1. Da hermenêutica filosófica e constitucional**

Sobre o conceito de hermenêutica, Palmer aduz que é “o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos. As ciências da natureza têm métodos para compreender os objectos naturais; as ‘obras’ precisam de uma hermenêutica, de uma ‘ciência’ da compreensão adequada a obras enquanto obras.”<sup>13</sup>

A hermenêutica surge como espaço de estudos capaz de dialogar e de comprometer-se com a experiência humana, incorporando, assim, o significado das coisas e das questões de interesse da ciência.

12 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 89-90.

13 PALMER, Richard. *Hermenêutica: saber da filosofia*. Lisboa: edições 70. p. 19.

Bleicher distingue três tendências da hermenêutica contemporânea, tendo como ponto de partida o problema hermenêutico, expresso na seguinte indagação: como é possível no processo interpretativo objetivar as descrições de sentido subjetivo, tendo em vista que essas descrições passam pela subjetividade do próprio intérprete? As tendências são as seguintes: a teoria hermenêutica que preocupa-se com aspectos metodológicos da compreensão, com contribuições de Schleiermacher, Dilthey e Betti, os quais reconhecem a hermenêutica como um locus de princípios metodológicos organizados e que devem ser seguidos no decorrer do processo de interpretação; hermenêutica filosófica, cujo intuito não é um conhecimento objetivo por meio de processos metodológicos e sim a explicação e a descrição da existência humana (*Dasein*) na sua temporalidade e historicidade. Tem Gadamer como um dos idealizadores, que desenvolveu a sua investigação, adotando as ideias de Heidegger, que apresenta uma hermenêutica como uma investigação filosófica quanto aos requisitos indispensáveis do processo de compreensão<sup>14</sup>. Ele preocupa-se em investigar as condições para a interpretação e não em desenvolver um método. A terceira tendência é a hermenêutica crítica, ideologia que tem Apel e Habermas como teóricos alinhados, que almeja conciliar uma abordagem metodológica e objetiva, na perspectiva do conhecimento prático, norteada pelo princípio da razão como necessidade de comunicação e autodeterminação ilimitadas<sup>15</sup>.

As três tendências, sem dúvida, registram importância para a hermenêutica constitucional, seja em face da objetividade a ser empreendida no processo interpretativo, seja em virtude das condições apresentadas para a interpretação, seja em face do norte de uma interpretação, considerando-se a razão como necessidade de comunicação. Essas tendências não se contrapõem, embora tenham sido cunhadas com propósitos diferentes, pois há necessidade de se alcançar o mínimo de voluntarismo do intérprete, por meio de critérios ou cânones hermenêuticos, direcionados ao sujeito e ao objeto, conforme preocupação exposta por Betti. Sem dúvida, a objetivação deve ser perseguida, mas respeitando a subjetivação, pois somos seres que significam e que interpretam a partir de uma ideologia, de uma perspectiva. Nesse sentido, as condições que circundam o processo de interpretação para a compreensão adequada também devem ser consideradas, pois o homem é um ser histórico e valorativo, contexto que impossibilita a neutralidade no labor interpretativo, especialmente no que toca ao campo jurídico<sup>16</sup>.

Assim, a hermenêutica afigura-se uma forma de explicação quanto às relações recíprocas entre as metodologias científicas dos diversos saberes e uma verdade originária que transcende o patamar meramente metodológico. Isso leva a inferir que a compreensão hermenêutica almeja atingir o sentido, todavia sem ater-se a modos de verificação demasiadamente metódicos<sup>17</sup>.

Feitas essas considerações sobre a hermenêutica filosófica, salienta-se que, na seara dos direitos fundamentais, de essência constitucional, cuja característica é a abstração dos enunciados, há vários sentidos que necessitam de métodos e princípios da Hermenêutica Constitucional que sedimenta-se na filosofia<sup>18</sup>.

A Constituição registra função de estabilização, o que determina limites para a sua mudança por meio de novas interpretações. Dessa forma, deve-se adotar cautela na aceitação de alteração de sentidos, especialmente quando a questão refere-se a direitos sociais, cuja realização embasa o Estado Democrático e de Direito.<sup>19</sup>

14 “[...] A Hermenêutica Filológica” também gozou de um desenvolvimento complexo no século dezoito. A “Científica” é de certo modo ilusória no que se refere a Schleiermacher pretendendo apenas sugerir a tentativa feita por este autor de dar à hermenêutica uma base universal e sistemática. A *gisteswissenschaftliche* refere-se ao projeto de Dilthey. A “existencial” cobre as concepções hermenêuticas de Heidegger e de Gadamer. Por último a “Cultural” sugere imperfeitamente a riqueza das aplicações que Ricoeur fa da Hermenêutica na sua procura de uma filosofia mais adequada, centrada na interpretação dos símbolos. A Hermenêutica jurídica, é de um modo geral, omitida.” PALMER, Richard. *Hermenêutica: saber da filosofia*. Lisboa: edições 70. p. 43.

15 BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992. p. 17.

16 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. p. 425.

17 VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación: ementos de teoria hermenêutica del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 197.

18 BÖCHENFÖRD, Esnest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 126-127.

19 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 499.



Nessa perspectiva e na seara das políticas públicas, por meio das quais se realizam os direitos sociais, surgem desafios para o mundo do direito, enquanto saber prescritivo, que caminham para o espaço de interpretação das normas e, assim, para a Hermenêutica Constitucional, que apresenta os seus instrumentos suficientes ao alcance da racionalização do processo de decisão judicial, gerenciando o mal-estar, tanto de natureza técnico-sistemática, quanto de natureza teleológica. Assim, segundo o Professor Inocêncio Coelho, a Hermenêutica Constitucional é um “jogo concertado de regras e princípios, com complementações e limitações recíprocas entre os diversos critérios de interpretações”<sup>20</sup>.

### 3.2. A indeterminação do Direito

A busca do sentido da norma no decorrer do processo interpretativo não é um ato mecânico. Essa busca deve considerar as incertezas e as dificuldades apresentadas pelo texto normativo, o que possibilitará a escolha de métodos adequados para conferir sentido aos termos e valores que se apresentam no texto, capazes de assegurar coerência e certeza ao processo decisório e isso ocorre por meio da interpretação.

O direito expressa-se por meio da linguagem. Assim, os enunciados normativos são símbolos linguísticos. Nessa perspectiva, interpretar é atribuir sentido aos símbolos linguísticos. A necessidade de interpretação também pode surgir quando dois textos normativos disciplinarem, para um mesmo contexto fático, dois efeitos jurídicos que se chocam e se excluem<sup>21</sup>. O direito se apresenta sob a forma de um discurso<sup>22</sup>, o que requer para o alcance de sentidos as seguintes premissas: nada significa isoladamente; seu significado é atribuído pelo seu uso; toda língua admite significados diversos; a maioria dos símbolos é vaga e ambígua.

O discurso jurídico expressa seu caráter prescritivo, porquanto a sua interpretação é sempre direcionada a um objetivo prático, vale dizer uma decisão judicial. Em reflexão do professor Inocêncio Coelho:

“ao juiz compete justificar que a sua decisão é a melhor. A decisão judicial requer raciocínio mais refinado por meio da hermenêutica. Quem semeia normas não pode colher justiça, pois é necessário fazer uma adequação. Descer do geral para o particular”<sup>23</sup>.

Portanto, torna-se necessário identificar os meios para o alcance do sentido. Considerando-se a vertente prescritiva do direito, os critérios ou cânones hermenêuticos orientam-se numa racionalidade que não se limita à inteligibilidade do texto normativo ou à identificação do contexto dos fatos, abarcando uma pretensão de coerência, do justo e de alcance da funcionalidade. A vontade de se atingir a racionalidade não significa a busca da interpretação verdadeira, eis que tentar atingir um sentido unívoco, universalizável aos textos normativos é impossível ante a indeterminação do direito.

A coerência requer respeito a um sistema hierárquico de normas (métodos lógico-sistemáticos), a necessidade de atribuir aos textos normativos um sentido funcional, de modo a exigir aprovação social dentro de um mínimo de consenso (sociológico e histórico), bem como ante a necessidade de se preservar os valores elementares fixados como objetivos axiológicos do direito (teleológico). Estes, em síntese, são métodos que remontam aos ensinamentos de Saviny<sup>24</sup>. Não há como fixar um método único para apontar o significado da norma, o que vale dizer que não há um significado certo ou único a ser seguido pelos Tribunais. De acordo com Hart, a denominada textura aberta do direito denota que muitas questões devem ser deixadas para o desenvolvimento a ser realizado pela Administração Pública e pelos Tribunais, a fim de que, a partir de um contexto fático, seja possível a avaliação dos interesses em conflito, variáveis caso a caso<sup>25</sup>.

20 COELHO, Inocêncio Mártires. *Aula da disciplina Hermenêutica Constitucional*. 12 abr. 2013.

21 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 441.

22 O termo discurso aqui utilizado é o compreendido segundo Orlandi, que reconhece o discurso como a palavra em movimento; é a prática da linguagem. ORLANDI, Eni P. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 7. ed. Campinas: Pontes, 2003. p. 15.

23 COELHO, Inocêncio Mártires. *Aula da disciplina Hermenêutica Constitucional*. 12 abr. 2013.

24 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 117.

25 HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994. p. 139.

Os métodos de interpretação não são hierarquizados entre si, mas guardam relação entre eles, porém o significado literal delimita o sentido possível de uma norma, motivo pelo qual é recomendável iniciar o processo de interpretação pelo método literal<sup>26</sup>. Uma vez exauridas todas as possibilidades de se atingir um resultado organizado metodologicamente em condições seguras, o julgador poderá buscar uma decisão de sua inteira responsabilidade, cabendo-lhe, contudo, explicar detalhadamente a valoração realizada naquele caso em apreciação<sup>27</sup>.

As interpretações não são idênticas, ao contrário, elas variam em relação aos intérpretes. Nessa direção, é possível sustentar que a cada interpretação de uma norma pelo julgador altera-se a aplicação efetiva da norma. Uma interpretação correta no âmbito jurídico deve ser entendida no sentido de conhecimento adequado com base em motivação compreensível. Contudo, repita-se que não existe uma interpretação absolutamente correta, na perspectiva de definitividade, válida para todos os períodos<sup>28</sup>.

Segundo Larenz, a indeterminação do direito não é um defeito e sim uma necessidade, pois a vida é surpreendente, é complexa. Não existem soluções fáceis para problemas difíceis<sup>29</sup>. As normas constitucionais registram maior densidade de indeterminação em relação às normas infraconstitucionais, isto é, no campo da vagueza e da ambiguidade, especialmente no que toca aos direitos fundamentais.

### 3.2.1 Vagueza e ambiguidade

Lourido cita Moreso para sustentar que a vagueza é da essência do conceito, é uma propriedade do conceito. A ambiguidade é uma propriedade, porém, dos termos em si: está presente quando eles têm mais de um significado. A indefinição existe na hipótese de dúvidas sobre os objetos, sob os quais o enunciado é aplicável. Nesse sentido, há uma zona de certeza e outra de indeterminação, seja quanto à aplicação, seja quanto a não aplicação da norma<sup>30</sup>.

A indeterminação na vagueza pode referir-se às fronteiras das zonas de certeza e de incerteza. Assim é possível pensar duas linhas, dividindo-se três campos: certeza positiva, certeza negativa e indeterminada. Essas linhas não podem ser exatas, pois todos os termos da linguagem natural possuem certo nível de vagueza. A ambiguidade apresenta-se no campo fático, cuja ocorrência ou existência é certa. A vagueza é atinente ao plano dos valores, das ideologias. Dessa forma, a vagueza possui maior grau de indeterminação que a ambiguidade, exigindo a adoção de cânones hermenêuticos de maior complexidade<sup>31</sup>.

Ao manusear a Lei Fundamental, observa-se que a vagueza é inerente e não se deve à utilização indevida de normas gramaticais ou de desleixo na elaboração dos textos normativos. Não se trata de uma incerteza por acaso, porém de base, a exemplo dos termos, notório saber jurídico, dignidade da pessoa humana e outros. Ainda, chama-se a atenção para a evolução tecnológica e social que impõe constantemente novos significados aos termos jurídicos, a exemplo do *e-mail* e do *fax*, quanto à inviolabilidade da correspondência e comunicações telefônicas, conduzindo às incertezas no processo decisório a serem dirimidas por meio da interpretação.

A indeterminação cede diante do caso concreto, porém isso não significa que as aplicações do conceito em casos subsequentes estejam afastadas de dúvidas, eis que a cada nova hipótese de aplicação a vagueza terá de ser interpretada em busca de uma regra de decisão.<sup>32</sup>

26 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 448.

27 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 489.

28 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 443.

29 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 442.

30 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 34.

31 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 34.

32 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 37.

Os conceitos essencialmente controvertidos são aqueles em que existe divergência sobre o conteúdo específico do termo ou expressão. Deve-se atribuir nesse caso força vinculante, porém não há consenso sobre o seu teor ou suas formas de realização. Lourido cita Moreso para apresentar o exemplo de alimentação forçada a presos que fazem greve de fome; um grupo poderá sustentar violência física e moral, enquanto outro grupo poderá defender que se trata de ato humanitário. Nesse sentido, quando a Constituição trata dos princípios do Estado brasileiro, todos os termos ali arrolados podem ser considerados essencialmente controvertidos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, que expressa, a um só tempo, valores e necessidades básicas. Essa controvérsia não é ocasional, mas integra a própria essência do conceito, pois exige noções ou juízo de valor. Todavia, a controvérsia é importante para a própria utilidade do conceito, pois permite o debate, contribuindo com a precisão<sup>33</sup>.

No campo do labor hermenêutico, o manejo do Direito requer um juízo de adequabilidade no intuito de fixar o conjunto normativo que guarde coerência capaz de dirimir o caso concreto, não raras vezes, marcado pela tensão quanto aos valores fundamentais.

## 4. TENSÕES ENTRE AS OPÇÕES VALORATIVAS E ALGUNS ASPECTOS SOBRE O USO DOS INSTRUMENTOS DE HERMENÊUTICA

### 4.1. Tensões em relação às opções valorativas

A essência controvertida e densa dos valores fundamentais – expressos em normas e princípios – proporciona momentos de tensão, em que o exercício de um direito referente a um valor fundamental acha-se em conflito com o exercício do outro. Esses valores formam uma teia de valores que se entrelaçam em certos momentos, complementam-se e em outras oportunidades se excluem. Assim, não há como negar as contradições existentes entre valores e direitos fundamentais, não obstante cuidarem-se de normas e hierarquia de mesmo nível e idade<sup>34</sup>.

Nesse ponto chama-se a atenção para a clássica distinção entre regras e princípios, a partir de Alexy. Regra e princípio são espécies do gênero norma. A regra prevê uma conduta específica e, uma vez em contradição com outra regra, uma delas será aplicada, naquele caso em exame e nos demais casos que surgirem. Quanto aos princípios, eles até podem trazer uma hipótese de conduta, porém sempre eles terão opções valorativas gerais e fundamentais, de modo que quando houver um mal-estar entre eles, um deles cederá em relação ao outro, mas somente naquele caso objeto de apreciação, ficando ambos os princípios igualmente aplicáveis aos casos futuros<sup>35</sup>.

Segundo Larenz, os princípios são pontos de partida ou pensamentos que sinalizam para a norma a ser formulada por aquele que irá decidir<sup>36</sup>. Na hipótese de aparente colisão entre os princípios, o intérprete realizará ponderação entre os *standards* concorrentes, fazendo a opção por aquele que, em face das circunstâncias, for mais adequado em termos de otimização da justiça, usando palavras de Alexy.

Inocência Coelho entende que a ponderação de bens a partir do caso concreto deve levar em conta a ausência de hierarquia fixa e abstrata entre os princípios, reconhecendo, porém, o valor incondicionado da pessoa humana como valor-fonte de todos os valores, como valor fundante da experiência ética ou, se pre-

33 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 49.

34 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 52.

35 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90-99.

36 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 272-274.

ferirmos, como princípio e fim de toda ordem jurídica<sup>37</sup>.

Para Zagrebelsky, as regras são submetidas aos variados métodos de interpretação, enquanto, em relação aos princípios, há pouco o que se interpretar. As regras requerem obediência e os princípios exigem adesão<sup>38</sup>.

Quanto mais fundamentais e abrangentes registrarem os valores de determinada categoria social, mais dotados de vagueza serão os critérios hermenêuticos, não significando, entretanto, que tais critérios ficarão à mercê da subjetividade do julgador. Aponta-se que, em várias ocasiões, o juiz não consegue identificar os valores sociais, eis que não há consenso para tanto. Evidente, portanto, um desafio do pluralismo, ante os interesses divergentes e igualmente fundamentais em constante conflito<sup>39</sup>. O sacrifício de um direito fundamental deve corresponder à garantia de outro direito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, o direito a prevalecer no caso concreto é fruto da avaliação onde incidirá o menor sacrifício para o direito que não prevaleceu.

A partir das considerações acima, verifica-se que as resistências de controle das políticas públicas pelo judiciário importam em desconhecimento ou talvez da negação do caráter racional do processo de decisão judicial, eis que, sob o nome de questões meramente políticas estão presentes as questões que afetam direta ou indiretamente a vida dos cidadãos, como é o caso das políticas sociais<sup>40</sup>. Assim, a atividade jurisdicional será desenvolvida a partir da mediação da norma e dos princípios jurídicos, não se eliminando, contudo, espaço para o subjetivismo, pois parafraseando Zafaroni, a neutralidade é uma impossibilidade antropológica.

#### **4.2. Aspectos sobre a utilização dos instrumentos de hermenêutica no controle judicial em matéria de políticas públicas**

A questão central da hermenêutica gadameriana é o diálogo do intérprete que se compreende a partir do texto e com o próprio texto. Essa questão tem relevância para a Hermenêutica Constitucional e para o controle judicial das políticas públicas, pois se busca substituir a tentação subjuntiva ou puramente reprodutiva por uma aplicação efetiva e produtiva<sup>41</sup>, o que requer conhecimento e habilidade do intérprete, quanto ao manejo de cânones de hermenêutica, os quais servem de base para os instrumentos de hermenêutica constitucional, que ganham especial importância no processo decisório.

Nesse sentido, anota-se que as dificuldades, quanto ao uso das técnicas hermenêuticas, são derivações da falta de adequação do silogismo clássico, como método de interpretação aplicável às hipóteses de indeterminação e textura aberta dos enunciados normativos<sup>42</sup>.

Considerando-se o objetivo do presente artigo, seguem alguns cânones propostos por Betti, que guardam relação com os princípios da hermenêutica constitucional.

*Cânone da autonomia* – o alcance do significado não pode ser extraído a partir de formas significativas, mediante o arbítrio. É um cânone direcionado ao objeto e orienta na direção de que as formas significativas devem ser reconhecidas como autônomas e compreendidas conforme a sua logicidade, as relações realizadas, a sua necessidade, coerência e a natureza conclusiva<sup>43</sup>.

37 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 128.

38 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madri: Trotta, 2011. p. 111-130.

39 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 57.

40 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 97.

41 SILVA, Maria Luísa Portocarrero Ferreira da. *O preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*. Lisboa: Calouste Gulbenkian; Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, 1995. p. 321.

42 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 123.

43 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 86.

*Cânone da coerência do sentido ou da totalidade* – também relacionado com o objeto, essa diretriz informa a existência de inter-relações e a coerência entre os elementos do discurso. É esta ligação entre os elementos do discurso e com o todo que se assegura o esclarecimento. Essa inter-relação entre as partes e o todo é clarividente, aceitável até mesmo pelo senso comum.

*Cânone da adequação* – informa que a tarefa de interpretação requer que o intérprete não se coloque acima e de forma impositiva em relação ao objeto a ser interpretado. Ao intérprete cabe colocar-se de forma adequada, a partir de uma abertura da mente, afastando-se dos pré-conceitos, na perspectiva gadameriana, e comportamentos internalizados que possam oferecer obstáculos ao entendimento adequado. Nessa linha de entendimento, cabe ao intérprete se esforçar para inserir o momento atual em sintonia com o objeto<sup>44</sup>. Um exemplo clássico apresentado por Larens, quanto a essa falta de sintonia, é a inserção, no texto normativo, de algo que originalmente não consta.

Uma exigência hermenêutica é compreender um texto, considerando-se como ponto de partida uma situação concreta. A compreensão pressupõe manter-se pessoalmente fora do jogo<sup>45</sup>. Mas, o estar fora do jogo, não significa neutralidade ou ausência de subjetividade no momento da decisão e sim não assumir preferências em relação àqueles que têm interesses na demanda.

A partir da descrição acima de algumas diretrizes propostas por Betti e por Gadamer, é possível recortar os seguintes princípios da hermenêutica constitucional, os quais trazem na sua essência as diretrizes da hermenêutica tradicional e filosófica e que podem ser utilizados como instrumentos à análise das políticas públicas, na esfera do controle judicial.

Nessa linha, destaca-se o *princípio da proporcionalidade*, considerando-se que trata-se de instrumento adequado para a análise das políticas públicas pelo judiciário, pois, a partir desse princípio, é possível observar a adequação dos meios da política aos fins que visa alcançar, a compatibilidade da finalidade com as imposições constitucionais, bem como a razoabilidade do sacrifício existente entre os direitos que compõem a teia que formata a dignidade da pessoa humana<sup>46</sup>.

Esse princípio, sem dúvida, é um instrumento de valoração dos atos praticados pelo Poder Público, no campo das políticas públicas, pois, por meio dele, é possível apreciar se os atos estão em harmonia com a opção valorativa superior, qual seja o justo. Assim, aquilo que é razoável é o que traz equilíbrio, moderação e harmonia<sup>47</sup>.

Ainda sobre o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, conforme Canotilho cuida-se de “medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”<sup>48</sup>.

Na interpretação conforme aproveita-se a lei, acomodando-a aos postulados constitucionais, isso porque constitui valor democrático a presunção de constitucionalidade das leis. Escolhe-se uma interpretação em favor de uma norma em relação a outras que o texto comportaria. A interpretação não deve decorrer da leitura óbvia do texto, cabendo buscar a interpretação que não se contraponha à Constituição. Dito de outra forma, fazer a opção pela interpretação que assegure harmonia entre a norma legal e a Constituição<sup>49</sup>. O julgador deverá apresentar racionalmente os argumentos ao conferir sentido à lei e o sentido conferido à norma constitucional. É indispensável que critérios de argumentação sejam consentâneos com os postulados da democracia bem como com os princípios da separação dos poderes, sendo esta não necessariamente rígida, porém modelada à estrutura organizada pela Constituição Federal<sup>50</sup>.

44 BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 56.

45 Para aprofundamento da questão sugere-se a leitura de GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. 1. Petrópolis: Vozes, 1997.

46 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 124.

47 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 205.

48 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Lisboa: [s.n.], 2010. p. 387.

49 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 145.

50 SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio

Outro princípio que merece destaque em relação ao controle das políticas públicas é o da unidade da Constituição, pois a ideia de unidade de ordem jurídica termina se projetando por todo o Texto Fundamental. A função desse princípio é o de perceber as contradições e tensões verdadeiras ou não entre as normas constitucionais, dimensionando cada uma delas, ou seja, tem a função harmonizadora em relação às normas constitucionais<sup>51</sup>.

Quanto ao princípio da efetividade, relaciona-se à força normativa da Constituição e orienta o intérprete no sentido de, ao lidar com os problemas de ordem constitucional, que busque conferir às normas a máxima efetividade, considerando-se o caso concreto<sup>52</sup>. Nessa perspectiva, efetividade significa concretizar o Direito na sua função social e, dessa forma, esse princípio afigura-se instrumento de grande valia quando a questão constitucional em pauta envolver políticas públicas para a realização dos direitos sociais.

Portanto, o controle judicial das políticas públicas, mediante o manejo dos instrumentos da hermenêutica constitucional, é um mecanismo de garantia de defesa da Constituição e do que ela representa para o cidadão, especialmente no que concerne aos direitos sociais. Por meio dos instrumentos da hermenêutica, é possível desenhar a racionalidade da decisão que expressa-se na motivação, espaço que o julgador deve apresentar as justificativas quanto à utilização dos critérios ou princípios de interpretação escolhidos.

## 5. CONCLUSÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, ao Estado compete uma postura não mais reativa e sim prescricional, quanto à realização dos direitos sociais por meio das políticas públicas. Essa vertente obrigacional resultou no dimensionamento das competências do Poder Executivo em relação à sociedade.

Diante do conceito de política pública cunhado por Dalari, observa-se que, no modelo de Estado Democrático e de Direito, a liberdade do governo na escolha de ações deve orientar-se pela soberania popular, presente nas leis e na Constituição, conjunto normativo que norteará a prioridade nas políticas públicas.

Considerando-se que as políticas públicas têm cimento constitucional, notadamente quanto àquelas pertinentes aos direitos sociais, infere-se que o controle judicial integra as estratégias de ação coletiva à realização desses direitos.

Os questionamentos doutrinários acerca do controle judicial nesse campo devem-se à falta de afinidade ou até mesmo de resistência à racionalidade do processo decisório. No campo das políticas públicas, as questões têm reflexos no cotidiano dos cidadãos, o que sinaliza que um leque de interesses será conduzido ao judiciário, quadro que exige cautela em relação à racionalidade do processo decisório, por meio da mediação das normas e dos princípios. Nesse sentido, entende-se que compete ao Poder Judiciário controlar as políticas públicas, por meio dessa mediação das normas e dos princípios, com o uso das técnicas de hermenêutica.

Os instrumentos hermenêuticos ou princípios sedimentam-se na hermenêutica filosófica, que, no campo dos direitos sociais, de essência constitucional, ganham relevo, considerando, sobretudo, que os enunciados são abstratos, com variados sentidos, dotados de vagueza e ambiguidade.

A vagueza é inerente ao Texto Constitucional, não se tratando de descuido. Ainda, a evolução tecnológica e social exige, não raras vezes, que novos sentidos sejam empreendidos, requerendo que as incertezas eventualmente surgidas sejam resolvidas no processo decisório por meio da interpretação.

---

Fabris, 2006. p. 65.

51 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 181 e 185.

52 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 220.

Verificou-se que, no campo das políticas públicas, surgem desafios para o campo jurídico direcionados para a interpretação das normas e, dessa forma, para a Hermenêutica Constitucional, que dispõe de instrumentos adequados para atingir a racionalização do processo decisório, capazes de enfrentar as tensões entre os direitos em jogo.

Observou-se que há dificuldade dos atores jurídicos acerca da utilização das técnicas hermenêuticas, especialmente pela ausência de adequação do silogismo clássico, como método de interpretação aplicável aos casos de indeterminação e textura aberta dos textos normativos.

Há necessidade de fixação de critérios de racionalidade para a escolha entre as várias hipóteses de sentido ao texto normativo, denotando que a atividade do intérprete é marcada pela complexidade, o que requer dele critérios substantivos ou valorativos. Critérios valorativos que não se ajustam às diretrizes formais do método de interpretação silogística, baseada na ideia de subsunção do fato à norma.

E, em busca de critérios valorativos é que os tribunais recorrem aos princípios hermenêuticos, como da proporcionalidade, interpretação conforme, da efetividade e outros para operacionalizar conceitos vagos ou controvertidos, como a dignidade da pessoa humana, a fim de atingir a previsibilidade e a coerência da decisão e, em consequência, a racionalidade do processo.

Apurou-se que a racionalidade da decisão, por meio dos instrumentos hermenêuticos necessita ser demonstrada na motivação, espaço que deve constar as justificativas quanto à utilização dos critérios ou princípios de interpretação escolhidos. Assim, se o princípio utilizado foi o da proporcionalidade deve-se fundamentar a sua utilização e não fazer referência lacônica como, “em homenagem ao princípio da proporcionalidade”. É imprescindível apresentar as opções valorativas que estão sendo colocados na balança e salientar as razões pelas quais, naquele caso concreto, penderá mais para um lado.

Finalmente, é possível concluir que os princípios constitucionais têm a missão de limitar o agir jurisdicional no campo das políticas públicas, assim, expressando, a racionalidade no processo decisório, de modo a garantir uma interpretação adequada, algo que não entre em rota de colisão com o Texto Maior e seja capaz de apresentar respostas aos problemas presentes, de modo justo, tendo sempre como ponto de partida o caso concreto.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva.
- BÖCHENFÖRD, Esnest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dalallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Aula da disciplina Hermenêutica Constitucional*. 12 abr. 2013.
- COHEN, E.; FRANCO, R. *Avaliação de projetos sociais*. 3. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- ECO, Humberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995.
- EMÍLIO, Betti. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões: MAD. *Universitas Jus*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. 1 Petrópolis: Vozes, 1997.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Lisboa: [s.n], 2010.
- KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 3. ed. São. Paulo: Perspectiva, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- ORLANDI, Eni P. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. 7. ed. Campinas: Pontes, 2003.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica: saber da filosofia*. Lisboa: edições 70, 2006.
- RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.
- SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.
- SILVA, Maria Luísa Portocarrero Ferreira da. *O preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*. Lisboa: Calouste Gulbenkian; Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, 1995.
- SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. v. 1. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Programa de Pós-graduação em Sociologia, Porto Alegre, jan./jun. de 1999.
- VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación: ementos de teoria hermenêutica del derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madri: Trotta, 2011.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A atuação do poder judiciário no estado constitucional em face do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil**

**Action of the judiciary in state constitutional in face of the phenomenon judicialization of public policy in Brazil**

Sílvio Dagoberto Orsatto

# A atuação do poder judiciário no estado constitucional em face do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil\*

## Action of the judiciary in state constitutional in face of the phenomenon judicialization of public policy in Brazil

Sílvio Dagoberto Orsatto\*\*

### RESUMO

O artigo foi elaborado com objetivo de explicitar acerca do novo papel reservado ao Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais sociais. Com base no fenômeno identificado de judicialização das relações sociais, perquire-se acerca do ativismo judicial. A partir do compromisso do Estado Constitucional, com a implementação das políticas públicas, busca-se contextualizar a legitimação das conquistas sociais. Mediante reexame da história da origem da formação da sociedade colonial brasileira, a partir da análise da participação do nativo e do negro na construção da economia nacional investigando-se a origem da dívida do Estado a ser resgatada por meio das políticas sociais para com uma parcela expressiva da atual sociedade. O método utilizado foi o indutivo com acionamento da técnica da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica; na fase de tratamento dos dados optou-se pelo método cartesiano<sup>1</sup> e, em face do resultado das análises, empregou-se o método indutivo no relato da pesquisa. Por fim, verificou-se a necessária evolução para o Estado contemporâneo, conservando as conquistas do Estado de direito e incorporando a democracia substantiva como valor para dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. Como meio de dar concretude as promessas sociais, o Poder Judiciário assume a missão de impor correções a atuação do Poder Público por meio do fenômeno da judicialização das relações sociais.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Judicialização das Políticas Públicas. Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Estado Constitucional.

### ABSTRACT

The article was prepared with the aim of explaining about the new role assigned to the judiciary in the effectiveness of fundamental social rights. Based on the identified phenomenon of judicialization of social relations

---

1 “[...] pode ser sintetizada em quatro regras: 1. Duvidar; 2. Decompor; 3. Ordenar; 4. Classificar e revisar. Em seguida, realizar Juízo de Valor”, consoante PASOLD, Cesar Luiz, Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática, p. 204.

\* Recebido em 01/10/2014  
Aprovado em 05/12/2014

\*\* Mestre em Direito pela UNIVALI (2004). Aluno do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica do Convênio Univali/TJSC/Academia Judicial para obtenção de dupla titulação; juiz de direito titular da Vara da Fazenda Pública, Acidente de Trabalho, Executivos Fiscais e Registros Públicos da Comarca de Lages - Estado de Santa Catarina. E-mail: silvio.orsatto@uol.com.br

perquire-about judicial activism. The commitment of the Constitutional State in the implementation of public policies, we seek to contextualize the legitimation of social achievements. Upon review of the history of the origin of the formation of the Brazilian colonial society from the analysis of the participation of indigenous and black in national economic construction investigating the origin of government debt to be rescued through social policies with a significant portion the present society. The inductive method was used to drive the technical category, the operational concept and literature; the treatment phase of the data was chosen Cartesian method and, given the results of the analysis, we used the inductive method in reporting the research. Finally, there was a necessary evolution for the contemporary state saving of the rule of law and democracy as incorporating substantive value to give effect to fundamental social rights. As a means of giving concrete social promises, the judiciary assumes the mission of imposing fixes the performance of the government through the phenomenon of judicialization of social relations.

**Keywords:** Fundamental Rights. Legalization of Public Policy. Judiciary. Judicial Activism. Constitutional State.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma verdadeira revolução social se apresenta em curso — deflagrada pelo Movimento das Diretas Já<sup>2</sup> e pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil — em decorrência da busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, impondo novos papéis ao Poder Judiciário, tanto em relação ao que se denomina de ativismo judicial como na necessidade de uma ação legitimadora deste poder em face do povo brasileiro.

Ao Poder Judiciário não lhe é autorizado a atuar como Pôncio Pilatos<sup>3</sup>, o qual, relata a Bíblia<sup>4</sup>, lavou literalmente as mãos e entregou o julgamento de Jesus ao povo em praça pública<sup>5</sup>, pois tem a competência outorgada constitucionalmente, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o controle [de constitucionalidade] dos atos da Administração Pública — pela via da jurisdição constitucional — e, difusamente, pela caminho inverso a partir do primeiro grau, por meio da demanda judicial, o exame do controle concreto das políticas públicas quando houver ameaça ou lesão a direito, seja este de natureza individual ou coletiva.

Este estudo promove um exame do fenômeno da judicialização das relações sociais e o papel do Poder Judiciário na efetivação dos compromissos do Estado brasileiro a partir da perspectiva da evolução da história do Brasil.

O artigo se apresenta subdividido em três capítulos. No primeiro, aborda-se a democracia substantiva como expressão do Estado contemporâneo. No segundo, trata-se do reexame da contribuição da história do período colonial para a formação e evolução do Estado no Brasil até o atual modelo de estado democrático de direito e, por fim, no último capítulo discute-se o fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais sociais como manifestação ativa do Poder Judiciário no cumprimento da promessa do Estado Constitucional.

2 Movimento de origem popular ocorrido no Brasil, em 1984, que exigia eleições diretas para presidente da república e que culminou — pacificamente —, embora ainda por meio de eleições indiretas e da fortuita posse do vice-presidente José Sarney com o fim da ditadura militar de três décadas.

3 Governador da província romana da Judéia. Paradoxalmente, após um longo período de submissão política e militar, o Império Romano retira sua proteção do território da região de Jerusalém quando passa a adotar o cristianismo como religião oficial.

4 Conforme Mateus 27:24-31, em: BÍBLIA. Português. *Bíblia online*: velho e novo testamento. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

5 Conforme Lucas 23:5-19, em: BÍBLIA. Português. *Bíblia online*: velho e novo testamento. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

## 2. A DEMOCRACIA SUBSTANTIVA COMO EXPRESSÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A soberania popular representa o valor mais relevante da democracia constitucional e o poder da sociedade para a conformação do Estado na realização do bem comum mediante a sua função social.

Acrescenta-se, conforme dispõe o inc. III do art. 1º da Constituição<sup>6</sup>, com esteio no princípio da dignidade da pessoa humana como orientação de atuação do Estado democrático de direito. Segundo Flávia Piovesan<sup>7</sup>:

daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido.

Luigi Ferrajoli cunhou a expressão esfera do indecidível<sup>8</sup> para resguardar os direitos fundamentais pois estes representam limites substanciais ao poder público pelo qual “nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir”, funcionando como impeditivo da atuação do Poder Legislativo, o qual encontra limitações substanciais quanto ao objeto de sua atuação legiferante.

Por consequência, havendo afronta à esfera do indecidível, ou seja, aos direitos fundamentais, ainda que de forma parcial caracteriza-se a inconstitucionalidade e a reprovabilidade do ato em um juízo de validade.

O garantismo de Luigi Ferrajoli<sup>9</sup> representa um marco em termos de desenvolvimento de uma hermenêutica constitucionalista baseado em critérios de legitimação em face dos direitos fundamentais e não apenas para o direito penal:

[...] es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad – derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral – estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas – jurídicas y políticas – que permiten poner de manifiesto.<sup>10</sup>

Sérgio Cademartori<sup>11</sup> ressalta a dimensão ideal do Estado de direito dada pela teoria de Ferrajoli, observando que:

Esta teoria **embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir** [...] Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos ao exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. **Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.**

6 BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

7 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1. p. 16.

8 FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição). p. 47.

9 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. p. 854.

10 “[...] É possível se preparar para eles, com referência a outros direitos fundamentais e outras técnicas ou critérios de legitimidade, os modelos de justiça e modelos oferecem garantias de legalidade - civis, administrativos, constitucionais, internacionais, de direito do trabalho - estruturalmente análogas ao penal aqui desenvolvidos. E para eles as categorias acima mencionadas, onde a abordagem garantista expressas representam ferramentas essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das contradições e lacunas — jurídicas e políticas — que permitem colocar manifesto”: [tradução livre].

11 CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 72. (grifo nosso).

Para resguardar e alcançar tais valores, é fundamental considerar qual o paradigma de justiça para o Estado de direito assegurar a democracia substantiva e seus corolários. Marcelo Neves<sup>12</sup> observa que, para tal fim:

Nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar a sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna.

Especificamente, no caso do Estado brasileiro, quanto aos obstáculos a serem superados para a concretização da igualdade substantiva, Marcelo Neves<sup>13</sup> registra:

A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, desde que a crescente complexidade e o desaparecimento do moralismo tradicional **não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania**. Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito.

Uma das inequívocas demonstrações da não realização desses valores está na ineficiência do Estado na execução de políticas públicas exige a correção dos meios.

Para tal mister, o Poder Judiciário tem sido instado por meio de demandas judiciais a examinar questões que envolvem relações sociais. Muitos criticam a ingerência do juiz cognominando o fenômeno de judicialização das relações sociais e a ação judicial em ativismo judicial. Outros, como Ronald Dworkin<sup>14</sup> apresentam uma crítica em função em de que a prestação jurisdicional deve ser pautada pela racionalidade e não com base em preferência pessoal do juiz:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para **impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige**. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Em lado oposto, situam-se aqueles que admitem, ainda que sob condições, que o *déficit* de democracia apresentado no Brasil reclama uma atuação positiva do Poder Judiciário. Celso de Mello<sup>15</sup> defende a intervenção em hipóteses específicas:

**Quando se registram omissões inconstitucionais** do Estado, **sempre tão** ilegítimas **quão** profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, **notadamente** a desta Corte Suprema, **para suprir incompreensíveis** situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro.

**Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial** por parte do Supremo Tribunal Federal, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam esse comportamento afirmativo** do Poder Judiciário, **de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora** da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** vulnerada e desrespeitada *por inadmissível omissão* dos poderes públicos.

[...] *práticas de ativismo judicial*, **embora** moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema *em momentos excepcionais*, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do Poder Público se omitem **ou** retardam, *excessivamente*, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos, *ainda mais se se*

12 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Prefácio. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 19.

13 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Prefácio. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 244.

14 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452. (grifo nosso).

15 MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil*. 23 abr. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_de\\_Posse\\_do\\_Min\\_Gilmar\\_Mendes\\_na\\_Presidencia.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min_Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2014. p. 9-10. (grifo do autor).

tiver presente que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode se reduzir** a uma posição de pura passividade.

Em momento anterior, Celso de Mello<sup>16</sup> afirmara com maior ênfase: “**Nem se censure eventual ativismo judicial** exercido por esta Suprema Corte” e, após, passa a referir-se as causas que justificam a atuação ativa do Poder Judiciário “[...] **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”.

Reserva-se, assim, uma atuação para resguardar valores supremos de uma sociedade mediante o controle judicial da própria atividade do Estado. Luís Roberto Barroso<sup>17</sup> anota que:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados de injunções estritamente políticas. A questão da legitimidade democrática do controle judicial é um dos temas que têm atraído mais intensamente a reflexão de juristas, cientistas políticos e filósofos da Constituição [...].

Os direitos fundamentais positivados na Constituição são reconhecidos mediante expressa qualificação como tal caracterizados pela relevância do momento histórico e refletem valores universais, havendo relação direta com a existência humana e representam produto de uma construção histórica<sup>18</sup> cuja concepção de fundamentalidade revela os valores de sua época, sua cultura e seu espaço.

Acerca da perspectiva histórica do marco civilizatório na evolução da sociedade, Norberto Bobbio<sup>19</sup> anota que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, **nascidos em certas circunstâncias**, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e **nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas** [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Examinado o Estado no enfoque da promoção do fim social para consecução de seu princípio basilar — a dignidade da pessoa humana — como valor para dar efetividade à democracia impõe-se analisar a história do Brasil para que se construía uma conexão entre os nativos habitantes da terra de Pindorama, a qual Cabral nominou de Ilha de Vera Cruz, os colonizadores e os escravos, na formação do Estado brasileiro para buscar o elo que nos liga ao futuro do Brasil, pela mensagem insculpida pela posituação constitucional dos direitos fundamentais.

### **3. UM REEXAME DA CONTRIBUIÇÃO DA HISTÓRIA DO PERÍODO COLONAL PARA A FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO ESTADO NO BRASIL ATÉ O ATUAL MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Embora o Brasil tenha como referência histórica a data de seu descobrimento no ano de 1500, a colônia sul-americana de Portugal não tinha vida política. Jorge Caldeira<sup>20</sup> relata que

16 MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil*. 23 abr. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_de\\_Posse\\_do\\_Min.\\_Gilmar\\_Mendes\\_na\\_Presidencia.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2014. p. 12. (grifo do autor).

17 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2. (grifo nosso).

18 Alguns documentos contribuíram como antecedentes das declarações positivas de direitos, do período feudal, nos quais o rei comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassallos. Não afirmavam direitos humanos, mas direitos de estamentos, de acordo com: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40.

19 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Eselvier, 2004. (Título original: *Létá di Diritti*). p. 9. (grifo nosso).

20 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 170.

[...] nos primeiros anos seguintes à notícia da terra, enquanto ela ganhava o nome de Brasil por sobre o nome oficial de Terra de Santa Cruz, atiraram-se a seu chamado empreendedor levadas seguidas de portugueses, espanhóis, franceses e holandeses.

Aliás, o que despertou o ímpeto exploratório foi a ambição pela rota marítima pelas riquezas das Índias, portanto mesmo que a descoberta não tenha sido um mero incidente de percurso foi natural que:

[...] O fluxo voluntário de migrantes em busca da riqueza é paralelo ao fluxo das autoridades e de todos aqueles que vieram para extrair riqueza e voltar<sup>21</sup>.

Muitos, porém, se estabeleceram por vontade própria<sup>22</sup>. Observe-se que nos 300 primeiros anos desenvolveu-se no Brasil uma economia predominantemente baseada

[...] sobre a condição de trabalho livre, isto é, trabalhador que é proprietário de seus próprios meios de produção. Essa era a condição largamente dominante, em termos numéricos, da força de trabalho no Brasil Colonial<sup>23</sup>.

Registre-se, conforme anota Jorge Caldeira que esta nova economia<sup>24</sup> não é apenas fruto do trabalho escravo ou dos europeus que aqui aportaram, pois “[...] a ideia de empreender estava escrita na cultura dos nativos que aqui estavam”<sup>25</sup>.

Aliás, de um modo geral Jorge Caldeira revisita a história do Brasil para esclarecer a origem de uma economia que a história anterior sonou elementos importantes de sua formação atribuindo equivocadamente que a base do sistema seria o trabalho escravo<sup>26</sup>, mediante a submissão do índio e do negro africano, desconsiderando o fato de que o Brasil já “[...] era uma população livre gerada por miscigenação, com maioria de pessoas de origens étnicas plurais”<sup>27</sup>, na segunda metade do século XVIII “[...] quando se começaram a fazer censos na Colônia”<sup>28</sup>.

Assenta, com relação ao nativo, que o modo de pensar e de agir destes foi erroneamente interpretado ao lhe atribuir a malemolência, quando, por outro modo:

[...] a chegada de europeus permitiu uma forma de empreendimento com molde próprio: além de bens materiais, da troca de fluídos entre corpos, o convívio significava também o crescimento espiritual, gerava a absorção de novas identidades, novas perspectivas para ver o mundo – e essa era a forma por excelência do empreendimento vital para esses povos<sup>29</sup>.

Em três séculos de insípida circulação de moedas “[...] alienavam objetos na troca tendo em vista não a utilidade deles, mas a acumulação de riqueza”<sup>30</sup>, cujo modelo Jorge Caldeira<sup>31</sup> define como:

[...] um arranjo específico gerado no Brasil, no início do século XVII, podia ser mais produtivo para o capital que as fórmulas europeias do final do século XVIII

Com base no resgate, isto é, a:

[...] troca entre povos com modos de produção diferente é uma troca que cria história: impõe o valor de troca na vida social daqueles que o desconhecem, mudando sua sociedade como um todo e introjetando a necessidade de produção de excedentes para a troca<sup>32</sup>.

21 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 170.

22 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 169.

23 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 167.

24 “O sentido vital daquilo que, no Ocidente, se entende por empreender – isto é, o de realizar uma jornada que leva a um significado mais amplo para a vida – não necessariamente implica movimento físico para ser realizado nos moldes de cultura tupi-guarani”.

CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p.173.

25 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 171.

26 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 177.

27 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 233.

28 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 230.

29 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 174.

30 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 188.

31 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 193.

32 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 204.

Portanto, Jorge Caldeira alerta que “mas não se pode confundir existência e relevância da produção escravista com inexistência de relevância no papel e na produção da ampla maioria de homens livres que formavam a população colonial brasileira”<sup>33</sup>, pois em uma “[...] realidade em que alguns escravos e ex-escravos tinham escravos — e nove décimos dos homens livres não tinham —, não há sentido em pensar de modo apenas estamental ou, pior, não há necessidade de imaginar a propriedade de escravos como “único nexos moral” da sociedade colonial”<sup>34</sup>.

Nesses três séculos, surge uma grande indagação acerca da presença do Estado na vida social da colônia, ou melhor, reformulando: da sociedade brasileira apesar do Estado português. Consoante Jorge Caldeira<sup>35</sup>, “para avançar no conhecimento da sociedade colonial brasileira, é preciso entender como uma população analfabeta, mestiça, ignorada pelo poder público, fora dos planos da colonização e tratada com o desprezo conseguiu fazer funcionar um mercado”.

Dois atrasos foram monumentais: o primeiro, somente no Séc. XX foram criadas as primeiras universidades no Brasil<sup>36</sup>, embora no Séc. XIX com a vinda da família real foi implantada a primeira faculdade<sup>37</sup>, quando na América espanhola a primeira é datada em 1536; o segundo atraso, refere-se a instalação da imprensa<sup>38</sup> a qual ocorreu somente em 1808, segundo Bahia<sup>39</sup>, com os jornais *Gazeta do Rio de Janeiro* e *Correio Brasiliense*. O governo português proibia que na Colônia fossem impressos jornais e livros.

Ainda assim, prospecta Jorge Caldeira<sup>40</sup> que

[...] na virada do século XIX, a economia brasileira era, muito possivelmente, a maior das Américas — de qualquer forma, de tamanho comparável àquela dos Estados Unidos.

A atividade social colonial brasileira revela-se, assim, como um agrupamento humano qualificado por uma finalidade ou valor social, portanto, uma sociedade de acordo com o conceito de Dalmo de Abreu Dallari<sup>41</sup> na qual apresenta manifestações de conjunto ordenadas e um poder social, sendo precedente ao Estado<sup>42</sup> brasileiro, instituição que se caracteriza por uma ordem social e jurídica<sup>43</sup> com a finalidade primordial de estruturar os meios para obtenção das necessidades do homem.

O Brasil colonial vivenciou movimentos libertários enquanto estava sob o jugo de um Estado absolutista em Portugal.

E, para esse estudo, importa fazer um corte para estabelecer a evolução da sociedade politicamente organizada apenas a partir do Estado liberal, pois Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson<sup>44</sup> observam que “antes do estabelecimento do Estado Liberal o cidadão só podia exigir o cumprimento

33 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 240.

34 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 271.

35 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 310.

36 Universidade de Manaus criada em 1913, e Universidade do Paraná, em 1918.

37 “No caso brasileiro, ao longo de três séculos o governo metropolitano recusou todos os pedidos para a instalação de simples faculdades — mesmo com a promessa de financiamento local” — “[...] Todos os que se aventuraram a tentar foram presos, e os artefatos, destruídos. Apenas para comparar, até as reduções jesuítas do Paraguai tinham gráficas próprias que imprimiam bíblias em Guarani”, segundo registra: CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 308.

38 Recorde-se que, na Europa, desde 1439, com a invenção da prensa de Johannes Gutenberg com tipos móveis de chumbo fundido e, portanto, reutilizáveis, passou-se a se imprimir livros com muito maior economia, rapidez e versatilidade com relação aos métodos anteriores.

39 BAHIA, Juez. *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*. 5. ed. São Paulo: Mauad, 2009. v. 1.

40 CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009. p. 322-323.

41 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

42 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60, assevera que para uma ampla maioria de autores “a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período não houvesse concomitância na formação do Estado em diferentes lugares, uma vez que este foi aparecendo de acordo com as condições concretas de cada lugar”.

43 CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p. 74, registra que “o Estado é a mais recente forma de organização política, que hoje tornou-se universal. Nascido na Europa, na transição entre o feudalismo e a idade moderna, no século XVI, instaurando-se como forma de organização da Sociedade [...]”.

44 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua con-



das relações pactuadas entre particulares, mas não lhe cabia cobrar a atividade do Estado”, e como o tema trata por vias transversas da justiciabilidade, ou seja, a possibilidade da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, portanto, o marco teórico decorre daquele.

A compreensão da formação da sociedade brasileira é fundamental para se entender a força legitimadora dos poderes-deveres conferidos ao Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas sociais. Portanto, na próxima sessão desse artigo, buscar-se-á examinar o fenômeno da judicialização como uma expressão da igualdade material para consecução dos objetivos do Estado.

#### **4. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO MANIFESTAÇÃO ATIVA DO PODER JUDICIÁRIO NO CUMPRIMENTO DA PROMESSA DO ESTADO CONSTITUCIONAL**

A evolução histórica do Estado, principalmente a partir do modelo liberal, é fundamental para uma abordagem das tensões do Estado Contemporâneo, pois é no âmbito do liberalismo que “os direitos sociais são condições da liberdade”<sup>45</sup>.

É a partir do Estado liberal que se proclamam os direitos fundamentais do homem; a partir das revoluções americana e francesa, com a ascensão da burguesia e a limitação da interferência do Estado na economia – a qual ficou conhecida como primeira fase do Estado liberal.

Não obstante, a insatisfação especialmente da classe trabalhadora explorada pelo poder econômico, apesar da consagração dos direitos fundamentais, exige um novo paradigma de Estado. É a segunda fase do Estado liberal na qual se mantém os direitos conquistados na primeira fase e, segundo Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson,

[...] tem-se um aumento dos movimentos reivindicatórios pela classe menos favorecida e assim surgem os Direitos Sociais e Econômicos, porém colocados em um patamar abaixo da Constituição<sup>46</sup>.

Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson<sup>47</sup> consignam que:

É certo que com a consagração dos direitos fundamentais no Estado Liberal, a sociedade ganhara direitos imprescindíveis a sua existência. Todavia, com a evolução da sociedade, das relações entre particulares e a consciência humana, **percebeu-se que esses direitos não eram suficientes para uma convivência digna e em sociedade e nem atendiam as peculiaridades humanas.**

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, urge a reformulação do modelo de Estado, dando-se a transição do Estado liberal para o Estado Social<sup>48</sup>, o qual

---

cretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 109.

45 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (Título original: *Létá di Diritti*). p. 100, observa: “E esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como antítese de toda forma de poder paterno e patriarcal, que caracteriza os governos despóticos tradicionais.”

46 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 110.

47 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 112. (grifo nosso).

48 “Nasceram, no Estado Social, as ideais basilares para a criação dos direitos sociais, aqueles enquadrados nos direitos de segunda dimensão, que se situam no plano do *ser*, direitos de cunho econômico e social”, de acordo com: PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 111.

[...] preocupa-se com a liberdade material [...] o atendimento das promessas para a concretização do que fora prometido no Estado Liberal, o acesso a bens e serviços disponíveis na sociedade.<sup>49</sup>

A mera proclamação no texto constitucional, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>50</sup>, “[...] converte-se em letra morta se não se atribuem aos cidadãos condições efetivas [...]” – “[...] ao concretizar direitos sociais, o Judiciário está promovendo a liberdade individual, garantindo as condições materiais para sua manifestação concreta” e, em consequência, conclui: “A atuação judiciária no campo social não é, portanto, incompatível com o liberalismo. Ao contrário, encontra no pensamento liberal alguns de seus principais argumentos de justificação”.

Aduzem Faíse dos Santos Pereira e Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson<sup>51</sup> que — historicamente — o Estado Liberal emerge em face da necessidade de proteger o indivíduo contra o Estado “[...] após a Revolução Francesa, no fim do século XVIII alterando o quadro político, econômico e social do mundo, trazendo consigo ideias e princípios individualistas, apresentando-se como uma arma contra o absolutismo [...]”.

A importância de caracterizar a atuação do Poder Judiciário na concretização destas promessas de transformações garantidas pela pós-modernidade é analisada por Willis Santiago Guerra Filho<sup>52</sup> quanto ao seu desempenho como instrumento estatal, aduzindo que:

Nossa compreensão do quanto o Estado Democrático de Direito depende de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente aqueles judiciais, para que se dê sua realização, aumenta na medida em que precisamos melhor o conteúdo dessa fórmula política. Historicamente, poder-se-ia localizar o surgimento nas sociedades europeias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado de Direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, **a fórmula do Estado Democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais.** O Estado Democrático de Direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.

Recorde-se, para diferenciar entre o Estado de ontem e o amanhã, que Niccolò Machiavelli<sup>53</sup> já observava no Séc. XVI que a atitude do governante com relação à palavra dada e a fé aos seus compromissos aconselhando-o que é bom que o príncipe a cumpra, mas não se isso lhe for prejudicial, ressaltando que “jamais faltaram motivos legítimos para dissimular o descumprimento da promessa”.

O ideal do Estado democrático de direito é justamente o cumprimento de sua missão de paz social e de desenvolvimento humano. Luís Roberto Barroso<sup>54</sup> busca conectar Estado de direito como democracia, observando que:

A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. **Constitucionalismo significa, em essência, limitação poder e supremacia da lei** (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). **Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria.**

49 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 113.

50 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 521-522.

51 PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012. p. 107.

52 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed São Paulo: SRS, 2009. p. 23. (grifo nosso).

53 MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. 31. ed. São Paulo: Ediouro, 1999. Título original: *Il príncipe*. (Clássicos de Bolso). p. 100.

54 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 88-89. (grifo meu).

Na sequência, registra:

Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria de pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, **cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.**

Por outro lado, é na jurisdição constitucional, com os seus instrumentos, que incumbe o embate para efetivação dos direitos fundamentais especialmente aqueles positivados no texto constitucional. José Afonso da Silva<sup>55</sup> adverte que “[...] as normas constitucionais que enunciam os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta” e ressalta sua extensão aos direitos econômicos, sociais e culturais a partir da positivação constitucional:

Sua eficácia não depende da intermediação do legislador, desde que, no curso do séc. XIX, (como denota Biscatti di Ruffia) a enunciação desses direitos sofreu dupla transformação: passou para o texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de normas jurídicas positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita subjetivação), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua positivação). **Esse fenômeno de subjetivação e de positivação começa a concretizar-se também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, pois a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las, sistematicamente, como elementos sócio ideológicos que revelam o caráter de compromisso das constituições contemporâneas entre o Estado Liberal individualista, o Estado Social intervencionista e, mais recentemente, como é o nosso caso, o Estado Democrático de Direito**<sup>56</sup>.

Para compreender o efeito da democracia, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>57</sup>, esta “[...] incrementa a racionalidade das decisões públicas” e “[...] obriga governantes a se justificarem publicamente”. Nessa ótica, defende ao Poder Judiciário a prerrogativa de atuação no campo dos direitos sociais:

A atribuição de competências sociais ao Judiciário não se justifica, portanto, por sua maior capacidade institucional de tomar decisões racionais. Contudo, a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática **desconsidera que o Judiciário pode exercer importante papel na garantia das condições para que a deliberação pública se instaure adequadamente.** Tais condições envolvem as liberdades básicas, mas também **os direitos sociais fundamentais.** [...] **ao garanti-los, o Judiciário capacita o cidadão para uma participação pública efetiva** e, com isso, qualifica o debate público<sup>58</sup>.

A participação do cidadão dá-se incondicionalmente por intermédio do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, sustentando Maria Cristiane L. Costa Lau<sup>59</sup> que “[...] é um princípio tão importante que se pode dizer é um dos garantidores de qualquer Estado Democrático de Direito”.

A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário decorre, desta forma, de uma cláusula constitucional de natureza de direito fundamental e de garantia – o princípio do direito de ação –, permeando o direito constitucional brasileiro desde a Constituição de 1946, consoante esclarece Ada Pellegrini Grinover<sup>60</sup>:

55 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 140.

56 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 140.

57 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 523.

58 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 523. (grifo nosso).

59 LAU, Maria Cristiane L. Costa. Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Anuário de Produção Científica de Iniciação Científica Discente*, v. 12, n. 15, p. 301-309, 2009. p. 303.

60 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela*. p. 13.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*). A Constituição brasileira de 1946 consagrou o princípio, que hoje vem expresso pelo art. 5º, inc. XXXV da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ainda, verifica-se na lição de Ada Pellegrini Grinover que “[...] o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa)”, para enfatizar que o processo deve também

[...] se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação [...]”<sup>61</sup>.

A participação é assegurada — no processo judicial — como instrumento de correção da política pública para guardar a constituição, mediante a judicialização das relações sociais, na defesa dos direitos fundamentais tanto ao indivíduo, quanto coletivamente, entendendo-se este como gênero para os direitos difusos e coletivos<sup>62</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

A percepção da realidade atual do Estado constitucional deve ser construída a partir da percepção do mundo ocidental. E, sendo as circunstâncias locais diversas e peculiares daquelas que ensejaram a origem do Estado em seu berço europeu — especialmente — impõe-se convergir a experiência daquela com a cultura da sociedade do Brasil colonial para compreender as nuances da formação e da evolução do Estado brasileiro.

A proclamação dos direitos fundamentais do homem rompeu com o absolutismo e inaugurou um período de transformações, porém o Estado liberal não correspondeu com o anseio da classe trabalhadora, por lhe impingir um processo de exploração e marginalização social.

Aqui, uma colônia ultramarina de Portugal, proibida de instalar universidades e de imprimir periódicos, sem uma moeda circulante para comerciar, criavam-se os próprios meios para operacionalizar as trocas e fazer a roda da economia girar, movendo a sociedade colonial.

Basicamente, uma imensa população de pessoas livres promove os escambos e a construção de um país, onde o escravo é uma fração desta população, sendo que a produção dos engenhos de cana-de-açúcar é dirigida para a exportação. Inegavelmente, o Brasil é feito por brasileiros analfabetos, porém empreendedores.

Na Europa, a primeira guerra mundial impõe uma dura realidade. O Estado passa a buscar a concretização dos direitos sociais, mediante a assunção de uma função social.

O indivíduo protegido em suas liberdades em face do Estado busca assegurar as condições materiais condignas por meio de prestações do Estado Social.

O Estado Social não corresponde com o seu fim proposto. As constituições passam a proclamar os direitos fundamentais. Promessas exigem um novo modelo de Estado. O Estado de direito revela-se incapaz de superar a igualdade formal. A democracia passa a impor a necessidade de assegurar a igualdade material.

A partir deste ponto, a pesquisa passa a investigar a atuação do Poder Judiciário. É no Estado Contemporâneo com a necessidade de efetivar as promessas constitucionais e resgatar a natureza histórica dos direitos que o papel da intervenção do Poder Judiciário passa a examinar questões de natureza social.

61 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela*. p. 14.

62 LAU, Maria Cristiane L. Costa. Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Anuário de Produção Científica de Iniciação Científica Discente*, v. 12, n. 15, p. 301-309, 2009. p. 306.

Com a proclamação pelo STF da justiciabilidade dos direitos sociais, legitima-se a intervenção do Poder Judiciário e o processo se instrumentaliza como mecanismo para garantir a proteção suficiente dos direitos fundamentais sociais.

A judicialização dos direitos sociais expande para o âmbito do Poder Judiciário a fronteira da correção das políticas públicas. O ativismo judicial passa a definir um novo espaço de atuação do juiz no processo de transformação social, não como um poder, porém um dever em face do direito fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

- BAHIA, Juarez. *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*. 5. ed. São Paulo: Mauad, 2009. v. 1.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BÍBLIA. Português. *Bíblia online: velho e novo testamento*. Disponível em: <<http://www.bibliaonline.com.br/acf>>. Acesso em: 14 fev. 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. (Título original: *Létâ di Diritti*).
- BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2014.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Coleção Estado e Constituição).
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS, 2009.
- LAU, Maria Cristiane L. Costa. Princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Anuário de Produção Científica de Iniciação Científica Discente*, v. 12, n. 15, p. 301-309, 2009.
- MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. 31. ed. São Paulo: Ediouro, 1999. Título original: *Il principe*. (Clássicos de Bolso).
- MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil*. 23 abr. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta\\_de\\_Posse\\_do\\_Min.\\_Gilmar\\_Mendes\\_na\\_Presidencia.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_de_Posse_do_Min._Gilmar_Mendes_na_Presidencia.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2014.

MELLO FILHO, José Celso de. *Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres de Brito, na Presidência da Suprema Corte do Brasil*. 19 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. Prefácio. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20. v. 81, p. 106-143, out./dez. 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Políticas públicas e processo eleitoral: reflexão a partir da democracia como projeto político**

**Public policies and electoral process: reflection on democracy as a political project**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

# Políticas públicas e processo eleitoral: reflexão a partir da democracia como projeto político\*

## Public policies and electoral process: reflection on democracy as a political project

Antonio Henrique Graciano Suxberger\*\*

### RESUMO

O artigo analisa a relação entre políticas públicas e processo eleitoral. Resgata a compreensão jurídica das políticas públicas e debate a relação entre políticas públicas e processo eleitoral. Ainda, pretende fixar uma advertência a respeito da compreensão da democracia e da tipologia das garantias. A ideia de democracia implica superar a ideia de democracia como *status*, para apresentá-la como projeto político. A menção a uma tipologia de garantias busca respeitar a complexidade do tema e superar a apresentação geracional da teoria dos direitos fundamentais. A partir da contribuição de Maria Paula Dallari Bucci ao tema das políticas públicas, propõe-se um diálogo entre o problema da efetividade dos direitos sociais e a compreensão da democracia como projeto político.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Processo eleitoral. Democracia. Tipologia de garantias.

### ABSTRACT

The paper reviews the relation between public policies and electoral process. It goes back to a juridical approach of public policies and debates how the electoral process relates to public policies' modeling. The idea of democracy requires going further its comprehension as a status, in order to present it as a political project. Considering a typology of social guarantees is a necessary stage to respect the complexity of the subject and surpass the theory of fundamental rights as generations. Regarding Maria Paula Dallari Bucci's contribution to the study of public policies, it intends a dialogue between the lack of effectiveness of social rights and the comprehension of democracy as a political project.

**Keywords:** Public policies. Electoral process. Democracy. Typology of social guarantees.

\* Artigo convidado.

\*\* Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (1999), Mestre em "Direito, Estado e Constituição" pela Universidade de Brasília (2005) e Doutor em "Derechos Humanos y Desarrollo" pela Universidad Pablo de Olavide. Atualmente é Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, professor do programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB e professor dos cursos de pós-graduação lato sensu da Fundação Escola Superior do MPDFT. E-mail: [suxberger@gmail.com](mailto:suxberger@gmail.com)



## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar, a partir um viés marcadamente jurídico, a relação existente entre o tema das políticas públicas e o processo eleitoral. A apreciação, como se verá a seguir, tem como pano de fundo inarredável o debate atual sobre a democracia e, de modo oblíquo, a problemática da baixa efetividade das prescrições normativas no contexto brasileiro. Pretende-se estabelecer um norte metodológico às incursões no tema, de modo a respeitar justamente os desafios impostos à democracia na atualidade.

A abordagem guarda justificativa no papel de centralidade que o Direito tem exercido nas Constituições democráticas dos países ocidentais. Esse protagonismo tem conduzido — ou deveria conduzir — a uma ampliação dos instrumentos para a transformação das estruturas estatais de apresentação, planejamento e execução de políticas públicas.

No processo brasileiro de afirmação constitucional e abertura democrática, precipuamente na década de 1980, afirmou-se a democracia política justamente por meio do resgate do voto como manifestação de vontade e modo de participação popular. Na década de 1990, passa-se às categorias nominadas de democracia econômica e democracia social, dada a preocupação com o processo de estabilização econômica, a permitir o planejamento como núcleo central do desenho de políticas públicas, e a preocupação de redução das desigualdades sociais, que são a marca mais dura da realidade latino-americana (para além da simples afirmada pobreza). A passagem dessas dimensões democráticas (voto, economia, inclusão social) traduz-se numa verdadeira demanda por instituições.<sup>1</sup> O atendimento a essa demanda reclama, pois, revisitar a tipologia das garantias, à luz de *standards* mínimos de conformação institucional do Estado, dirigidos à qualificação das políticas públicas e sua conjugação com o processo eleitoral.

Desse modo, pretende-se, inicialmente, aclarar a categoria operacional “políticas públicas” por meio de uma aproximação epistemológica que revele as razões de sistematização teórica do tema. Seguidamente, buscar-se-á o componente político que relaciona as políticas públicas com o peculiar processo estruturante atinente ao jogo político-eleitoral. Ver-se-á a importância de que tal análise se estabeleça a partir dos arranjos institucionais de realização dessas políticas públicas. Afirmada a peculiaridade do processo eleitoral diante dos demais processos estruturantes das políticas públicas, ver-se-á a necessidade de respeito à complexidade do tema, de modo a inserir nesse debate não apenas os tipos de benefícios perseguidos na consecução das políticas públicas, mas especialmente as diversas dimensões de competição política que orientam tais decisões e ações.

Surgirá, de modo inarredável, a necessidade de revisitar as características da democracia, antagonizando as ideias de democracia como *status* e como projeto político. Como consequência da adoção de uma democracia instituinte, dinâmica, de textura aberta, o arranjo institucional implicará revisitar a tipologia das garantias (dentre elas, as garantias institucionais) e, ao fim, a compreensão de como as inovações devem ir além das estruturas objetivas ocupadas e mantidas pelos sujeitos políticos com voz no processo eleitoral.

## 2. POLÍTICAS PÚBLICAS: APROXIMAÇÃO EPISTEMOLÓGICA

O debate que coteja o processo eleitoral e o desenho das políticas públicas no Brasil mostra-se inserido no debate mais amplo a respeito do papel do Estado na contemporaneidade. Para além da discussão reducionista sobre mais ou menos presença estatal, cumpre aqui estabelecer parâmetros para os *modos* de atuação do Estado com vistas à realização de seus objetivos. Num quartel de século, verifica-se, para além do debate desenvolvimentista e as necessárias cooperações “sur-sur”, tal como preconizado até mesmo pelo texto

1 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

da Constituição brasileira — especialmente em seu Título I, quando menciona a tarefa de, no plano internacional, situar-se o Brasil como polo de integração e atuação conjunta entre os países da América Latina —, tem-se o chamado “novo desenvolvimentismo”<sup>2</sup> ilustrado pela pujante presença dos chamados BRICS. Essa sigla refere-se ao grupo que reúne Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (*South Africa*) e que tem assumido papel relevante no jogo de interesses econômicos e, *a fortiori*, políticos no mundo atual.

A estruturação institucional do país, isto é, seu espaço de realização do âmbito estatal, situa-se justamente entre a necessária estagnação, desejada por ilustrar a consolidação de suas instituições, e a necessária evolução dessas mesmas instituições, como meio de realização de ganhos, evolução da estrutura estatal e promoção de inclusão social.

Sob condições democráticas, é certo que os padrões jurídico-institucionais de países como o Brasil hão de buscar inspiração na tradição dos países centrais desenvolvidos. Deles se extrai, por exemplo, desejada igualdade eleitoral, consistente na realização de eleições corretas, na ausência de manipulação da comunicação, na estrita legalidade no exercício do poder. Na apresentação desses padrões, vislumbra-se a convergência entre os papéis exercidos pelo Direito e pela Política, na medida em que ambos dirigem-se à contenção da força autoritária de pequenos grupos e à divisão do exercício do poder estatal com o conjunto da sociedade.

O combate à desigualdade — chaga maior do contexto econômico-social brasileiro — implica a apresentação e a consolidação de processos jurídico-institucionais bem articulados. Isso porque o cenário desse afirmado novo desenvolvimentismo caracteriza-se justamente pela renovação social e cultural. A última década no Brasil é exemplo riquíssimo dessa renovação. Com efeito, aqui ilustrativamente, observam-se maior visibilidade dos temas de gênero, a ponto de hoje o Brasil contar com políticas públicas (ainda deficitárias) e uma lei própria para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, e uma verdadeira revolução da informação e das comunicações. A essa revolução segue-se uma modificação substancial no tempo das relações sociais e uma lúdica demanda por controle social por meio da transparência das ações e dos gastos públicos.

É útil, pois, nessa tarefa de realizar e superar a implementação do Estado de direito, resgatar a apresentação de Jacques Chevalier sobre os tipos de Estados (2009). Quando menciona o estado de implementação do Estado de direito, Chevalier classifica os Estados em pré-modernos (de que são exemplos os países africanos subsaarianos, repúblicas do sudeste asiático e outros), modernos (aqui se insere o Brasil e os demais países caracterizados pela ainda presente discussão weberiana de monopólio da força pelo Estado) e pós-modernos. Esses últimos, marcados por uma nova lógica de interdependência e cooperação, superando a dicotomia que distingue de modo claro a agenda de assuntos exteriores da agenda de assuntos interiores.

Na necessária transição do Estado moderno para pós-moderno, segundo essas expressões mencionadas, a Política sobreleva-se como meio e expressão jurídico-institucional. As políticas públicas, por sua vez, substanciam a convergência entre o funcionamento do governo e a formação dos arranjos institucionais. A essa preocupação se refere a chamada “política jurídica”, ocupada da compreensão do fenômeno governamental dentro ou a partir do direito. O estudo das políticas públicas, nessa toada, nada mais é que uma aproximação da tecnologia jurídica incidente na realização do Estado.<sup>3</sup>

A categorização da dogmática jurídica, tal como realizada por Albert Calsamiglia<sup>4</sup>, mostra-se igualmente útil. Ao apresentar três diferentes estilos de conformação da dogmática jurídica, Calsamiglia destaca a ciência, reputada como “pura” e situada no debate epistemológico de afirmação do direito, a técnica, esta orientada precipuamente pela pragmática e pelos meios próprios de realização e manifestação do direito, e finalmente a tecnologia jurídica. Essa última cuidaria da visualização dos arranjos, dos sujeitos, dos instrumentos próprios de realização do direito.

2 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O novo desenvolvimentismo e a ortodoxia convencional. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 5-24, jul./set. 2006. p. 14.

3 COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

4 CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la dogmática jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 22, 1982, p. 235-276.

Esse estudo das políticas públicas, de viés instrumental analítico, por isso afirmado como “tecnologia jurídica”, resolve-se no debate sobre a inserção da democracia nesse novo desenvolvimentismo. Trata-se, assim, de identificar, sistematizar as condições, as regras e as instituições jurídicas necessárias a um Estado em desenvolvimento para formular e executar políticas públicas, criando canais e processos de organização das forças da sociedade. Nessa tarefa, decerto, exsurge não apenas útil mas verdadeiramente necessário buscar, apontar ou propor bons modelos jurídicos.

Essa necessária sistematização teórica permitirá a criação de fórmulas de organização e estruturação do Poder Público. De modo efetivo, racional e compreensível, a abordagem do desenho estatal permitirá e permitir-se-á modernizar, reduzir desigualdades e promover a desejada inclusão social. Tais pressupostos teóricos consideram, portanto, a ação governamental em ampla escala e subsidiam a análise e a formulação de políticas públicas.<sup>5</sup>

### 3. POLÍTICA PÚBLICA E SEUS PROCESSOS ESTRUTURANTES

Mas, afinal, num esforço metodológico de discussão do processo eleitoral e da democracia em si, o que se entende por “políticas públicas” como categoria operacional? A definição cunhada por Dallari Bucci<sup>6</sup> responde a essa indagação:

Política pública é o programa da ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

A política pública, portanto, busca (*rectius*, deve buscar) a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. O estudo das políticas públicas tem um núcleo, centrado na ação governamental, e uma apresentação exterior, referente à apreciação dos arranjos institucionais e sua efetivação. Interessam aqui, sobretudo, essa análise periférica ou os móveis dessa abordagem periférica a partir do processo eleitoral.

Cada um dos processos estruturantes das políticas públicas — processos administrativo, judicial, legislativo, orçamentário e de planejamento — traz em si as tensões entre a Política e o Direito. Esse conjunto conduz à formação e à implementação das políticas públicas inseridas nas tramas sociais. O processo eleitoral, portanto, constitui o ponto de encontro institucionalizado das tensões havidas entre o Direito e a Política.

### 4. O LOCUS DO PROCESSO ELEITORAL

Por substanciar importante dinâmica na apresentação das decisões políticas fundamentais, o processo eleitoral situa-se na chamada “grande política” ou no plano macroinstitucional, uma vez mais, em prestígio à nomenclatura de Maria Paula Dallari Bucci<sup>7</sup>. Todavia, no plano microinstitucional, isto é, da “pequena política”, dos processos jurídicos que levam à formação e ao desenvolvimento das políticas públicas, situa-se a relevância do papel dos indivíduos na realização do processo eleitoral.

5 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. introdução.

6 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

7 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. capítulo 1.

O processo eleitoral, então, exsurge como elemento do arranjo institucional politicamente considerado. Ele intermedia as fases de produção e implementação da ação governamental, considerando as demandas e necessidades a serem atendidas e observadas no desenho das políticas públicas. É inegável que também essas escolhas se orientarão por uma decisão racional de ganhos a serem auferidos pelos sujeitos envolvidos no processo eleitoral. Todavia, o componente da competição servirá justamente para informar minimamente a aptidão do processo eleitoral para conduzir a um bom modelo jurídico.

O componente político a ser considerado de modo inafastável do processo eleitoral compreende justamente a conformação do poder político em estruturas despersonalizadas e organizadas segundo regras e procedimentos jurídicos. À maior ou à menor conformação jurídica dessas instituições corresponderá a preocupação subjacente da ação governamental na escolha das políticas públicas. A finalidade, decerto, deve centrar-se na apresentação das políticas públicas — com um mínimo substrato de fidelidade — como canais de expressão e realização das expressões sociais.

Assim, impõe-se afirmar a democracia a partir de seu núcleo essencial político. Neste estudo, com a devida vênia, não se mostra adequada ou mesmo útil a tipologia proposta por Jacques Chevalier<sup>8</sup> quando menciona modelos e democracia política, econômica, jurídica etc. Afirmer o núcleo essencial político da democracia serve, quando menos, como advertência do papel de centralidade da Política para essa categoria e, quando mais, para impedir um nefasto processo de esvaziamento ou abstrativização do componente democrático alijado de seu contexto. As democracias, desse modo, cuidarão de agregar adjetivações a partir das aspirações situadas na contemporaneidade. O debate atinente à democracia social destaca-se por tradicionalmente antagonizar, de um lado, as afirmadas conquistas do Estado de direito em sua conformação liberal e, de outro lado, as demandas de intervenção e atuação estatal na realização dos direitos sociais (Estado social). Como se verá, a superação desse dualismo — nitidamente reducionista — aparece como pressuposto à chamada democracia participativa ou deliberativa.

A democracia, pois, apresenta-se, em aspecto processual, como o governo pela discussão, o controle da agenda governamental (decidir sobre o que se vai decidir). Em aspecto substancial, entende-se a democracia como sistema de direitos orientados por um lastro ético de índole igualitária e libertária. À já afirmada centralidade do direito agrega-se o papel igualmente protagonista da Constituição. Para além de sua importância como pacto político, a Constituição afirma-se como verdadeira norma jurídica de observância cogente nas esferas de atuação política. Com essa “juridificação” dos atos de governo, tem-se que esses atos passam a ser sujeitos a controle — culminando com o fim da imunização da tarefa de delinear e realizar políticas públicas — e, portanto, permeados pelo Direito.

O fenômeno da judicialização da política insere-se nessa centralidade da Constituição, mas nela não se esgota. Ora como consequência do *deficit* de representação do Legislativo, ora como reflexo desse caráter de centralidade e abrangência da Constituição, as variações da discussão sobre a judicialização da política já superaram os extremos de sua aceitação ou rejeição. As variações desse debate são de ênfase e de legitimação a depender do tema em jogo. Por isso, repita-se, o debate deve ocupar-se do plano de execução, isto é, dos arranjos institucionais para a realização da ação governamental.

O papel da chamada “grande política”, portanto, desce aos planos de funcionamento efetivo e operacional do Estado e do governo. Trata-se, verdadeiramente de (re)localizar o papel da Política, para que ela seja compreendida do plano macro para o plano microinstitucional, ou seja, da excessiva abstração do Estado para sua visualização a partir dos sujeitos nela envolvidos.

8 CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

## 5. O PROCESSO ELEITORAL COMO MEDIADOR DO DISSENSO

Nessa linha de ideias, o processo eleitoral é visualizado como sucessão de etapas da vida institucional de uma política pública. Cuida, portanto, da inserção do problema na agenda política à implementação da decisão, passando pela formulação de alternativas e pela tomada da decisão em si. Se o processo é a história institucional da decisão<sup>9</sup>, ele surge como meio de controle democrático disponível em relação aos passos de formação da decisão do Poder Público, considerando o emprego dos meios públicos e todas as injunções que afetam o conjunto das pessoas.

O processo eleitoral, portanto, substancia a explicitação e o processamento do dissenso social mediado pelo Estado. Por isso, ele reclama a análise desses processos de formação do dissenso (fato dialogal) à luz dos interesses colocados no jogo eleitoral.

É válida a advertência de que, nessa consideração do processo eleitoral, não se deve descuidar da necessária contextualização do tema. É dizer: o processo de participação deve guardar atenção à *assimetria* de informação e de posições dos vários interesses envolvidos. Nas tramas sociais adjacentes à formalização do processo eleitoral, não de ser observados os sentidos de direção dos vetores que informam a relação entre Estado e o ambiente ao seu redor e, igualmente, numa dinâmica instituinte, a relação entre ambiente e Estado. Isso será melhor explicitado adiante.

O processo eleitoral apresenta-se com caráter peculiar, pois é organizado pelo corpo estatal da jurisdição eleitoral e se estrutura para colher a mais importante decisão do povo, tanto a eleição de seus representantes como a indicação de seus dirigentes. As tensões são minuciosamente procedimentalizadas pelo Direito, de modo a permitir — ao menos numa perspectiva deontológica — a fiel expressão popular.

O contraditório desse processo eleitoral caracteriza-se pelo debate entre oposição e situação. A tarefa de disciplinar e detalhar a organização desse processo incumbe a legislação eleitoral. Ela permitirá, no debate entre oposição e situação, se o caso, a alternância política no exercício do poder formalizado, de modo a instrumentalizar pequenas rupturas institucionalizadas, isto é, rupturas que se realizam a partir e dentro da normalidade institucional de alternância do poder político.

## 6. A DINÂMICA DO PROCESSO ELEITORAL EM REGIMES PRESIDENCIALISTAS

É inevitável aqui considerar a crítica, que se mostra certa quando dirigida aos regimes de cunho presidencialista, no sentido de que os programas políticos não possuem caráter vinculativo em relação às políticas a serem desenvolvidas quando do exercício do aparato estatal. Nesse sentido, conclui-se, desafortunadamente, pela pouca contribuição que o processo eleitoral traz ao desenho das políticas públicas. Esse caráter não vinculativo das plataformas eleitorais escancara a passagem da instância governamental de simples instância de consumo do poder político para instância de “produção” do poder político. O exercício do poder político, portanto, passa a observar uma lógica autorreferencial, que esvazia o sentido do debate, ao menos em relação às políticas públicas, entre situação e oposição.

Na prática político-eleitoral, essa crítica justifica, em grande medida, o fato de que ajustes — reputados como necessários, mas de nítido reflexo impopular — são usualmente realizados no início dos mandatos. Em democracias maduras (os chamados “Estados pós-modernos”, segundo Jacques Chevalier<sup>10</sup>), esses programas de ação resultam em promoção da justiça social e na inclusão ou mesmo criação de condições para tanto, além de modernização institucional, reformas produtivas, melhoria de financiamento de políticas estruturais etc.

9 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. capítulo 2.

10 CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 16.

No Brasil, a ação governamental observa uma lógica de retroalimentação em outras ações (conexas ou não). Numa dimensão otimizada, isso implicará uma demanda por gestão técnica. Já numa dimensão perversa ou degenerada, chegar-se-á a uma nefasta alimentação recíproca dos processos político e de gestão governamental. Numa visão intermediária, tem-se uma valorização da gestão pública. É o que se busca no contexto brasileiro atual.

O jogo eleitoral, em regra, informa-se pelo tipo de benefício a ser realizado pelas políticas públicas e seus respectivos critérios de alocação. André Borges<sup>11</sup> revisita a literatura sobre o tema e propõe acréscimos na apresentação do tema. Os tipos de benefício, portanto, seriam apontados como privados ou públicos. Já os critérios de alocação desses benefícios seriam basicamente dois: o critério político-partidário e o critério universalista. Quando presente a alocação de benefícios privados marcados pelo critério político partidário, ter-se-ia um nefasto *clientelismo* no jogo eleitoral. Já quando o critério de alocação dos benefícios privados guardam critério universalista, ter-se-ia uma *focalização* desses recursos. Tratando-se de benefícios públicos, o critério político-partidário para alocação implicaria uma *política distributiva*. Já a alocação de benefícios públicos segundo um critério universalista alcançaria um desejado *universalismo*.

André Borges desfaz o lugar-comum de apresentação do embate “Estados atrasados *versus* Estados mais desenvolvidos”, para, livre de maniqueísmos reducionistas tão comuns ao tema, inserir (e respeitar) a devida complexidade do jogo eleitoral. Apresenta ele duas chaves de compreensão consistentes na competição horizontal, própria do embate político-partidário (seja pelas tensões entre oligarquias, seja pelo debate de cunho verdadeiramente ideológico), e na competição vertical, própria do federalismo brasileiro, em que diversas linhas de ação de determinado ente federativo encontram concorrência na ação de outro ente federativo.

A importância fundamental assumida pelos governos estaduais no processo eleitoral é reexaminada a partir dessas variáveis, para ilustrar a necessidade de delineamento de organizações políticas capazes de disciplinar a competição pelo controle e montagem nos estados mais atrasados. A preocupação, inserida no necessário resgate do jogo eleitoral para o delineamento de arranjos institucionais mais eficientes, refere-se à garantia fundamental de insulamento, hábil a resguardar a liberdade de atuação, de setores estratégicos do aparato administrativo.

## 7. DEMOCRACIA: DE *STATUS* A PRÁTICA POLÍTICA

A democracia, então, apresenta-se como conceito operacional a ser deduzido em dois vieses. A tarefa de aprimoramento do processo eleitoral e do desenho das políticas públicas impõe superar a democracia como *status*, para afirmá-la como projeto político.

A democracia como *status* refere-se à democracia representativa tal como elaborada no século XIX e firmada no século XX. Reduzida a uma projeção teórica e abstrata da participação popular no processo político, ela impede a visualização dos sujeitos políticos subjacentes às demandas por garantias e direitos. A democracia meramente representativa, em rigor, estabelece situação paradoxal ou mesmo “esquizofrênica”: estabelece um panorama que autoriza a presença de pessoas tidas como “ruins” em instituições curiosamente tomadas em alta consideração. É como se as instituições não fossem compostas por pessoas.

A democracia como *status* apresenta-se como autorreferencial e abstratamente universalista. É descontextualizada porque descolada de qualquer noção de tempo, traduzindo-se como definição neutra e avaliativa. A participação popular é reduzida a mera regra procedimental, isto é, a regra do jogo. Isso acaba

11 BORGES, André. Federalismo, dinâmica eleitoral e políticas públicas no Brasil: uma tipologia e algumas hipóteses. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 12, n. 24, maio/ago. 2010, p. 120-157.

por conduzir a uma chamada “amnésia de gênese”, expressão cunhada por Bourdieu, quando as demandas sustentadas por grupos políticos não guardam qualquer relação com sua base de sustentabilidade.<sup>12</sup>

Já a democracia considerada como prática política refere-se ao resgate ou à construção da autonomia da cidadania. Cuida-se do resgate da ação política por excelência. A democracia é vista, nesse viés, como prática plural de controle e exercício do poder a partir do “dever ser” do poder. Substancia, pois, um exercício radical da democracia: um projeto político (e não meio político) dinâmico e inacabado, a ser pensado qualitativamente (e não quantitativamente). Desse modo, vai muito além do embate maioria e minoria. A democracia passa a ser visualizada como fato dialógico, de hábito e de palavra. Veicula, pois, um espaço constituinte. Apresenta-se de modo contingente, absoluto em relação ao espaço de ocupa (não significa dizer totalitária, mas sim em respeito à ausência de vácuos na manifestação do poder político) e coativo, na medida em que valoriza a responsabilidade social e o valor ético do compromisso coletivo. Esses cinco elementos da democracia tomada como projeto político — mediação, participação, representação, coação, negociação — evidenciam que a questão principal, além de visualizar as distinções entre as duas ideias de democracia, reside em pensar propostas e instrumentos de coexistência e manutenção desses elementos num marco de resgate da ação política.<sup>13</sup>

Gerardo Pisarello traz ideia útil a essa compreensão, especialmente quando menciona que a democracia, como processo histórico, pode ser compreendida como manifestação popular, emancipatória e social, mas também pode ser visualizada como protetora das elites econômicas e políticas que fazem da Constituição uma leitura oligárquica. A essa última visão, Pisarello chama de anticonstitucionalismo democrático.<sup>14</sup> A democracia, então, há de ser tomada como movimento social e político a favor do autogoverno com respeito à vontade das maiorias. A democracia assume, assim, um sentido aberto, reivindicatório e alternativo (ou mesmo radical).

## 8. A DIMENSÃO JURÍDICA DA DEMOCRACIA: TIPOLOGIA DAS GARANTIAS

Como dimensão jurídica, a democracia impõe a superação da abordagem dos direitos segundo uma abordagem dicotômica. Historicamente, vê-se o desserviço que opera a desavisada apresentação dos direitos fundamentais em gerações. Essa abordagem linear acaba por ocultar os conflitos subjacentes às lutas e processos que culminaram na positivação de garantias. Sem desconsiderar sua utilidade didática, a apresentação geracional dos direitos não pode descuidar da compreensão que respeite a complexidade dos direitos fundamentais. Numa abordagem filosófico-normativa, impõe-se superar o debate que fixa os direitos em jogo como individuais e coletivos<sup>15</sup>. Verdadeiramente, numa perspectiva democrática, o debate deve situar-se entre uma abordagem que distinga direitos igualitários de não igualitários (ou absolutistas). No plano teórico, é forçoso reconhecer que todos os direitos, independentemente de sua conformação, reclamam maior ou menor grau de atuação estatal para sua implementação.<sup>16</sup> No plano dogmático, nota-se que o alijamento da discussão sobre o caráter de fundamentalidade de direitos individuais (direitos e liberdades civis e políticas) e sociais (econômicos, sociais, culturais) — na letra da Constituição brasileira, todos os direitos são fundamentais — inibiu a discussão a respeito das estratégias de implementação e exigibilidade judicial desses direitos.

Nessa perspectiva, revela-se útil delinear minimamente uma tipologia das garantias para implementação desses direitos, como estratégia que minimize o nefasto grau de inefetividade das prescrições normativas

12 BOURDIEU, Pierre. O mistério do ministério: das vontades particulares à “vontade geral”. In: WACQUANT, Loïc (Org.). *O mistério do ministério: Pierre Bourdieu e a política democrática*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 71.

13 ROITMAN RONSENMANN, Marcos. *Democracia sin demócratas*. Madrid: Sequitur, 2007.

14 PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor*. Madrid: Trotta, 2011.

15 PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007. p. 37 ss.

16 PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007. p. 59 ss.

no contexto brasileiro. Para tanto, cuida-se de distinguir o que seja a garantia (instrumento) de seu objeto (direito), para escapar da sutil armadilha de que a simples previsão normativa se traduza em modificação da realidade. Sem desconsiderar a relevância das garantias jurídicas, são elas apenas uma espécie das diversas garantias hábeis a concretizar os direitos (garantias políticas, econômicas, culturais, sociais, etc.).

Assim, as garantias dos direitos (considerados numa perspectiva integradora) dirigidos a um projeto democrático de resgate do processo eleitoral na implementação de políticas públicas, se apresentariam como garantias de caráter social, ocupadas do direito de participação, e garantias de caráter institucional<sup>17</sup>. As de caráter social compreenderiam mecanismos semidiretos de participação, direito de ser consultado, participar de audiências públicas, participar do orçamento, direito à informação pública. Já as de caráter institucional (em regra, atinentes a instituições públicas) se subdividiriam em garantias de caráter político (de um lado, o poder Executivo e suas instituições; de outro, o Legislativo e seus *standards* e princípios) e garantias de caráter jurisdicional (instituições como o Poder Judiciário, Ministério Público, ações coletivas, etc.).<sup>18</sup>

## 9. POLÍTICAS PÚBLICAS E ARRANJO INSTITUCIONAL

A produção de inovações institucionais surge, então, como modo de compensar a inércia característica da ordem jurídica estabelecida. Resgatando a teoria institucional do direito, vale lembrar que a instituição assume papel estruturante do direito, na medida em que visualiza a identidade entre ordenamento jurídico e instituição.<sup>19</sup> Cabe a ela — instituição — o papel de promover a organização e a objetivação do direito. Nessa tarefa, a instituição opera como elo entre os impulsos pessoais da política e as atividades despersonalizadas do Estado com aptidão de permanência. Maurice Hauriou destaca que, nesse processo de objetivação, as instituições promovem a identificação do papel das subjetividades.<sup>20</sup> É por isso que a produção de inovações institucionais surge como medida compensatória da inércia característica da ordem jurídica estabelecida.

Essas inovações, quadra destacar, vão além das estruturas objetivas ocupadas e mantidas pelos sujeitos políticos com voz no processo de apresentação, discussão e implementação das políticas públicas. Interessa, verdadeiramente, mais o que se faz a partir dessas estruturas do que as estruturas em si. Para lembrar, uma vez mais, as categorias de Bourdieu, significa dizer que a busca por inovações institucionais é tarefa mais de *habitus* que de *capital* apenas.<sup>21</sup> Herrera Flores<sup>22</sup> (2009), revisitando essas mesmas categorias, afirma que uma estratégia de transformação social, numa perspectiva democrática, implica novas disposições (papéis desempenhados a partir das estruturas objetivas ocupadas pelos sujeitos politicamente considerados), nem tanto posições (as estruturas objetivas em si consideradas). A realização do projeto democrático, portanto, dirige-se mais às disposições realizadas pelos sujeitos políticos que às posições por eles ocupadas no contexto das tramas sociais.

O resgate da ação política para valorização do processo eleitoral impõe a fixação de vetores — na dinâmica relação entre Estado e o ambiente ao seu redor — que partam de cima para baixo e de dentro para fora.

O delineamento de políticas públicas bem-sucedidas observa o grau de adesão que essas políticas terão nos arranjos considerados no plano microinstitucional. Para além do regime de responsabilização dos agentes responsáveis pelas políticas públicas — tarefa necessária e importante —, é igualmente importante

17 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

18 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 170.

19 ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Boiteux, 2011.

20 HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009.

21 GARCÍA INDA, Andrés. Introducción. In: BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. 2. ed. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001. p. 13-14.

22 HERRERA FLORES, Joaquín. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Boiteux, 2009. p. 95.



fixar a importância da percepção de “pertencimento” do destinatário ou beneficiário da política pública, por qualquer de seus critérios de alocação (político-partidário, universalista) e por qualquer que seja a natureza do benefício (público, privado).

## 10. CONCLUSÃO

A tensão entre o papel exercido pelo processo eleitoral na modelagem institucional e na efetivação das políticas públicas deve ter como ponto de partida e também como norte um projeto democrático de caráter aberto, instituinte, marcadamente político. O caminho rumo ao amadurecimento do Estado brasileiro, com vistas à satisfação de suas funções e tarefas, passa, decerto, pela construção de procedimentos hábeis a assegurar isonomia eleitoral, mas igualmente pela compreensão de que os arranjos institucionais não de observar as características de uma opção democrática alternativa, de nítido caráter emancipatório.

Para além da ideia de que o encerramento do processo eleitoral implica a legitimação irrestrita das opções políticas do governante, a modelagem institucional das políticas públicas há de guardar um processo dialogal permanente e de textura aberta, de modo que a compreensão do jogo democrático não se reduza ao procedimento de sua realização representativa.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- BORGES, André. Federalismo, dinâmica eleitoral e políticas públicas no Brasil: uma tipologia e algumas hipóteses. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 12, n. 24, p. 120-157, maio/ago. 2010.
- BOURDIEU, Pierre. O mistério do ministério: das vontades particulares à “vontade geral”. In: WACQUANT, Loïc (Org.). *O mistério do ministério: Pierre Bourdieu e a política democrática*. Trad. Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la dogmática jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 22, 1982, p. 235-276.
- CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.
- GARCÍA INDA, Andrés. Introducción. In: BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. 2. ed. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.
- HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2009.
- HERRERA FLORES, Joaquín. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Boiteux, 2009.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O novo desenvolvimentismo e a ortodoxia convencional. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 5-24, jul./set. 2006.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor*. Madrid: Trotta, 2011.

ROITMAN RONSENMANN, Marcos. *Democracia sin democratas*. Madrid: Sequitur, 2007.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Boiteux, 2011.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A tutela do direito de moradia e  
o ativismo judicial**

The protection of the right to  
housing and judicial activism

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

# A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial\*

## The protection of the right to housing and judicial activism

Paulo Afonso Cavichioli Carmona\*\*

### RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a tutela judicial do direito de moradia no sistema jurídico pátrio, assim como discutir propostas para seu aperfeiçoamento. Para empreender essa discussão, parte-se da análise constitucional e internacional do direito de moradia como direito fundamental, notadamente a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que introduziu a moradia entre os direitos sociais insculpidos no art. 6º da Magna Carta. Em seguida, aprecia-se o problema crônico: o enorme déficit habitacional brasileiro em contraste com a trajetória da política pública social de habitação. Após, observa como o Poder Judiciário tem atuado na tutela do direito à moradia, pois tal tema coloca, de maneira muito nítida, o juiz frente ao dilema de atuar como agente de transformação social ou de simples solucionador de conflitos de interesses. Para realizar-se tal tarefa, faz-se necessária a observação da jurisprudência produzida nos Tribunais Superiores brasileiros, notadamente no STF e STJ, em contraposição à doutrina e jurisprudência estrangeiras na tutela do direito judicial à moradia. Conclui-se, então, que os tribunais pátrios pouco interferem em políticas públicas habitacionais ou na proteção ao direito fundamental à moradia. Por fim, o texto apresenta uma proposta para o aperfeiçoamento da tutela do direito à moradia no Brasil.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Direito à moradia adequada. Dignidade da pessoa humana. Política habitacional. Direitos sociais.

### ABSTRACT

The study aims to analyze one of the legal protection of property rights, in paternal legal system, as well as your paragraph discussing proposed improvement. Enterprising this discussion, outside- if analysis of constitutional and international law, the fundamental law of property as notably from Constitutional Amendment No. 26 of February 14, 2000, which introduced a housing between social rights sculptured in article 6 of the Charter. Then, enjoy - if the chronic problem: the Brazilian housing deficit huge contrast them with the trajectory of public policy social housing. After observe as the judiciary has acted in protecting the right to housing, because this theme puts such a way very sharply, the judge in front of the dilemma of acting as an agent of social transformation or a simple solver conflicts of interest

\* Artigo convidado.

\*\* Professor de Direito Urbanístico e Administrativo do mestrado, especialização e graduação (UniCEUB) e de cursos de pós-graduação *lato sensu* (FESMPDFT); líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana (GPDPPU-UniCEUB); Juiz de Direito (TJDFT). E-mail: paccarmona@hotmail.com

. To perform if such a task, it's necessary the observation of jurisprudence produced in Brazilian Superior Courts, notably in the STF and STJ, in contrast to the doctrine and foreign jurisprudence in the protection of the right to housing . It is concluded, then, that the patriotic courts interfere little in housing public policy or to protection law fundamental to housing. Finally, the text presents a proposal for the improvement of protection of the right to housing in Brazil.

**Keywords:** Judicial activism. Right to adequate housing. Dignity of the human person. Housing policy. Social rights.

## 1. INTRODUÇÃO

Já se assentou que habitar é uma necessidade intrínseca à existência do ser humano, razão pela qual o direito à habitação é inerente à vida. Daí o conceito de Le Corbusier<sup>1</sup> de que a moradia é o local onde o homem ou a família “vive, dorme, anda, ouve, vê e pensa”.<sup>2</sup>

A moradia, aliás, por conta da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, passou a integrar o rol dos direitos sociais positivados na Carta Constitucional (art. 6º, *caput*). Não se pode olvidar que a habitação é parte integrante dos direitos fundamentais do cidadão, razão pela qual o Estado tem a obrigação e a responsabilidade de protegê-la.

De acordo com José Afonso da Silva, os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”.<sup>3</sup> Assim, segundo a doutrina tradicional, os referidos direitos sociais, direitos de segunda dimensão, configuram-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado, que é Social de Direito (art. 1º, *caput*, CF), pois tendem a concretizar a perspectiva de uma igualdade substancial na busca de melhores condições de vida.

Não se pode olvidar que, na Constituição Federal brasileira, os direitos sociais inserem-se como direitos fundamentais e, portanto, tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e podem ser implementados, em caso de omissão do legislador, pelas técnicas de controle (mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

A questão da inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais, entretanto, não é pacífica na doutrina. Jorge Reis Novais, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, analisou pormenorizadamente o problema da natureza dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, salientando que, apesar da Constituição portuguesa, tal como a brasileira, ter optado pela consagração expressa dos direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, as consequências normativas são escassas ou contraditórias. A despeito disso, assevera, ainda, que os direitos sociais são, na ordem constitucional portuguesa, direitos fundamentais, mas que merecem uma proteção constitucional idêntica àquela conferidas aos direitos, liberdades e garantias:

Entendemos que não há entre nós, diferentemente do que pretende a leitura mais comum da Constituição portuguesa, um regime material específico e substancialmente distinto de proteção privilegiada dos

1 “Le Corbusier” era, na verdade, o pseudônimo do arquiteto suíço Charles Edouard Jeanneret (1887-1965). Considerado um dos pais da arquitetura moderna e criador do movimento conhecido como Purismo, foi ainda escritor e sua contribuição pode ser notada em todo o mundo, como no Brasil, onde influenciou nossos principais arquitetos. Esteve três vezes no Brasil e foi amigo dos principais arquitetos do país, como Oscar Niemeyer, Lúcio Costa e Pietro Maria Bardi. Sua influência sobre eles pode ser sentida em diversas construções, como no edifício do MEC, no Rio de Janeiro, na concepção do MASP e da Cidade Universitária, em São Paulo, e na construção de Brasília, da qual lamentou não participar. Na arquitetura, projetou edifícios que se tornaram monumentos da arte moderna, como a capela de Ronchamp e os edifícios públicos de Chandigarh, na Índia, com suas formas puras, blocos concretos e frios, que ele chamava de ‘caixas de morar’.

2 LE CORBUSIER. *Planejamento urbano*. Trad. Lúcio Gomes Machado. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 67.

3 SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 183.

direitos, liberdades e garantias. A razão, por surpreendente que surja, é simples: é que todas as notas identificadoras desse pretense regime material específico dos direitos, liberdades e garantias se aplicam, por definição, a todos os direitos fundamentais enquanto garantias constitucionais, pelo que são, por esse facto, comuns a direitos de liberdade e a direitos sociais.<sup>4</sup>

Nesse sentir, também é o posicionamento de José Carlos Vieira de Andrade, professor da Faculdade de Direito de Coimbra:

Os direitos fundamentais sociais, ainda que entendidos em sentido estrito, como ‘direitos económicos, sociais e culturais’ – isto é, direitos cujo conteúdo principal típico consiste em *prestações estaduais* sujeitas a *conformação* político-legislativa, sem incluir, por exemplo, ‘os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores’, que constituem em grande medida direitos à abstenção, com a função de defesa –, apesar de estarem sujeitos a um regime constitucional diferente, não constituem uma categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos, liberdades e garantias.<sup>5</sup>

A par disso, a Carta Magna brasileira revela a importância da habitação quando reconhece a *casa* como asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI); elege a *moradia* como necessidade vital básica do trabalhador e de sua família para justificar o recebimento do salário mínimo (art. 7º, IV); atribui à União, aos Estados e aos Municípios competência comum para legislar sobre programas de *construção de moradias* e melhoria das *condições habitacionais* (art. 23, IX); confere à *moradia* condição imprescindível para a aquisição da propriedade urbana por usucapião (art. 183).

Por oportuno, direito de propriedade e direito de moradia não se confundem, pois a moradia é objeto de direito autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios, podendo ser requisito para a aquisição da propriedade, como no caso da usucapião especial constitucional (art. 183). Assim, o direito à moradia opera-se como garantia a um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, independentemente do título ou da forma como se opera tal direito já que sem um lugar para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim,

de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, não terá uma vida com qualidade, ou muitas vezes não terá sequer assegurado o direito a própria existência física e, portanto, o seu direito a vida.<sup>6</sup>

Nelson Saule Júnior, referência na matéria, ressalta que a satisfação do direito à moradia passa pela coexistência de três elementos, quais sejam: viver com segurança, viver com paz e viver com dignidade, nos seguintes termos:

O núcleo básico do direito à moradia é constituído, portanto, pela segurança, pela paz e pela dignidade. Situações que retratam a violência urbana como as ações das organizações de traficantes e do crime armado, que resultam em fechamento de territórios, de conflitos armados nos morros e favelas, as invasões de domicílios praticadas pelos agentes de segurança pública, como a polícia civil, são evidentes formas de violação do núcleo básico do direito à moradia, da segurança e da paz.<sup>7</sup>

Surgem, então, duas questões importantes sobre o direito à moradia no Brasil, quais sejam, sua autoaplicabilidade (ou não) e sua eficácia (se plena, contida ou limitada).

Quanto à primeira questão, há dois posicionamentos na doutrina e jurisprudência.

4 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: Coimbra, 2010. p. 10-11.

5 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 357.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 20, p. 15, 2010. O autor explica ainda que o direito de moradia, por guardar uma conexão com o direito à existência digna, poderá assumir, em diversas ocasiões, posição preferencial em relação ao direito de propriedade, no mínimo para justificar uma série de restrições a este direito, de resto, já limitado pelo princípio constitucional da função social da propriedade.

7 SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 133.

Existem aqueles autores que reconhecem a autoaplicabilidade do direito à moradia e outros que entendem que o direito de moradia, tal como todos os demais direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão,<sup>8</sup> dependem da implementação de uma política pública (no caso, a política habitacional).

Nas palavras de Nelson Saule Júnior, adepto da primeira corrente:

O direito à moradia com um preceito constitucional, mesmo que fosse entendido como uma norma programática, é uma norma jurídica, portanto emite comandos jurídicos impondo o dever aos agentes públicos e todos os membros da sociedade de ter condutas e ações que não criem impedimentos e violações a este direito. O nosso entendimento é da inexistência de normas constitucionais programáticas, principalmente no que diz respeito às normas que definem direitos e às medidas necessárias para o pleno exercício destes.<sup>9</sup>

De outro lado, existem aqueles juristas que sustentam que o direito à moradia deve ser concebido como direito a uma prestação positiva não vinculada, porque a sua concretização depende das opções que o Estado fizer em programas político-sociais de habitação, os quais estão condicionados à destinação de recursos econômico-financeiros próprios e do qual o poder estatal possa dispor nos casos específicos. Trata-se, portanto, de um direito sob a reserva do possível.<sup>10</sup>

Quanto ao segundo questionamento, José Afonso da Silva, em clássica classificação, inspirada nos estudos do autor italiano Vezio Crisafulli, aparta as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada.<sup>11</sup>

As normas de eficácia plena são aquelas que, assim que a Constituição entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, sem necessidade de normas legais integrativas, cujo exemplo é o art. 5º, § 1º.

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, enquanto não restringidas pelo legislador ordinário, têm eficácia plena, como o disposto no art. 5º, VII.

Por fim, são normas constitucionais de eficácia limitada aquelas de aplicabilidade reduzida ou diferida, pois necessitam de uma lei integrativa infraconstitucional para produção de seus efeitos plenos. Podem ser novamente classificadas em:

a) *normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos*: aquelas que contêm esquemas gerais de estruturação de instituições órgãos ou entidades, como o art. 18, § 2º;

b) *normas declaratórias de princípios programáticos*: veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando à realização de fins sociais, como o artigo 6º (direitos sociais, dentre os quais, o direito à moradia).

8 A doutrina aponta as cinco gerações ou dimensões dos direitos fundamentais: 1. *Direitos fundamentais de 1ª dimensão* – ligados ao ideal de ‘liberdade’ da Revolução Francesa e os direitos civis e políticos: direito à liberdade religiosa, direito à liberdade de locomoção, direito à liberdade de associação, direito à liberdade de reunião, direito à vida, direito à propriedade, direito à participação política, direito à inviolabilidade do domicílio e direito ao segredo de correspondência. 2. *Direitos fundamentais de 2ª dimensão* – ligados ao ideal de ‘igualdade’ da Revolução Francesa e correspondem aos direitos econômicos, sociais e culturais: direito à saúde, direito à educação, direito ao trabalho, direito à moradia, direito à previdência e direito à assistência social. 3. *Direitos fundamentais de 3ª dimensão* – ligados ao ideal de ‘fraternidade’ da Revolução Francesa e correspondem aos direitos de solidariedade (coletivos ou difusos): direito ao desenvolvimento, direito ao progresso, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à autodeterminação dos povos, direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito à qualidade de vida, direito do consumidor, direito da infância e juventude. 4. *Direitos fundamentais de 4ª dimensão* – decorrem da globalização ou dos avanços no campo da engenharia genética e correspondem à fase de universalização dos direitos no campo institucional do Estado social: direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo. 5. *Direitos fundamentais de 5ª dimensão* – apenas indicado o direito à paz, como supremo direito da humanidade, por Paulo Bonavides. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 580-593.

9 SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 179.

10 A cláusula da reserva do possível é muito discutida pela doutrina brasileira, pois, de certa forma, transforma os direitos sociais em reserva do financeiramente possível, rebaixando-os à questão orçamentária. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 32. Assinala-se, ainda, que, em contraponto à teoria da reserva do possível, foi desenvolvida, pela doutrina alemã, a teoria do mínimo existencial, que delimita um grupo reduzido de direitos fundamentais essenciais e básicos a uma vida digna. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202.

11 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 160-164.

Em sentido contrário, Nelson Saule Júnior defende que as normas definidoras do direito à moradia têm aplicação imediata e eficácia plena:

Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim constituir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida.

Um efeito importante, em razão das normas definidoras do direito à moradia terem aplicação imediata, é a declaração de inconstitucionalidade de leis, normas e atos que estabeleçam qualquer tipo de restrição, discriminação, ou redução do exercício desse direito, geradores de situações de regressividade e impedimento deste exercício. Tal efeito implica também na utilização das demais garantias constitucionais, como mandado de segurança individual ou coletivo, ação popular ou ação civil pública, como meio de exigir a proteção e o cumprimento das ações e medidas legais, administrativas e judiciais, necessárias para assegurar o pleno exercício do direito à moradia.<sup>12</sup>

## 2. TUTELA INTERNACIONAL DO DIREITO À MORADIA

A moradia foi reconhecida como direito humano em 1948, com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornando-se um direito universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo como um dos direitos essenciais para a vida das pessoas. A referida Declaração Universal, em seu artigo XXV, estabelece o seguinte:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

Todavia – ensina Flávia Piovesan – para muitos, a Declaração Universal não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, visão não compartilhada pela autora. Diante dessa discussão, foi editado, em 1966, um pacto internacional para ‘juridicizá-la’. Assim, surgiu o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/91, e promulgado por meio do Decreto Federal 591, de 06/07/1992. Em um de seus dispositivos, o artigo 11, os Estados-partes reconhecem o direito de toda pessoa à moradia adequada e comprometem-se a tomar medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito.

Além dos importantes documentos de proteção internacional dos direitos humanos já mencionados, o direito à moradia está previsto na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976), Declaração sobre o Desenvolvimento (1986), na Agenda 21 (1992), e reconhecido como um direito humano em especial na Agenda Habitat, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat II, realizada em Istambul, na Turquia (1996).

Na Agenda Habitat II, faz-se menção ao direito à moradia no Capítulo II referente a metas e princípios como parte do parágrafo 13, bem como sobre o conceito de moradia adequada no parágrafo 43, nos seguintes termos, respectivamente:

Nós reafirmamos e somos guiados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e nós reafirmamos nosso compromisso de assegurar a plena realização dos direitos humanos a partir dos instrumentos internacionais, em particular neste contexto o direito à moradia disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos, e provido pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, [...] levando em conta que o direito à moradia incluído nos instrumentos internacionais acima mencionados deve ser realizado progressivamente [...].

12 SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 182-183.



Moradia adequada é aquela que tem: [...] adequada privacidade, adequado espaço, acessibilidade física, adequada segurança, incluindo segurança de posse, durabilidade e estabilidade estrutural, adequada iluminação, aquecimento e ventilação, adequada infraestrutura básica, bem como o suprimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, e adequada locação com relação ao trabalho e serviços básicos devendo todos esses componentes ter um custo disponível e acessível.<sup>13</sup>

Além disso, O Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT), estabelecido em 1978 para melhorar o acesso ao direito à moradia adequada, também trabalha para implementar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, que dizem respeito à melhoria das vidas de, pelo menos, 100 milhões de moradores de favelas – o equivalente a cerca de 10% da população dos moradores de favelas em todo o mundo – até 2020. O atual foco do ONU-HABITAT está na conquista de terras e moradias para todos; no planejamento participativo e na governança; nas infraestruturas e serviços que não agridam o meio ambiente; em habitações inovadoras e nas finanças urbanas. Estes esforços fazem parte de uma campanha global sobre urbanização sustentável.<sup>14</sup>

Atualmente, já são mais de 12 textos diferentes da ONU que reconhecem explicitamente o direito à moradia. Apesar disso, a implementação deste direito é ainda um grande desafio. Destacam-se dois textos.

O primeiro deles, o Comentário Geral nº 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, elaborado em 1991, que trata do direito à moradia adequada, documento que interpreta o real significado e alcance do direito à moradia digna. O direito à moradia integra o direito a um padrão de vida adequado. É de central importância para a fruição de todos os direitos econômicos, sociais e culturais. Não se resume a apenas um teto e quatro paredes, mas ao direito de toda pessoa ter acesso a um lar e a uma comunidade seguros para viver em paz, dignidade e saúde física e mental. Destaque para a Seção 8, que trata dos elementos que compõem o direito à moradia adequada:

*Seção 8.* Assim, a concepção de adequação é particularmente significativa em relação ao direito à habitação, desde que serve para realçar um número de fatores que devem ser levados em consideração para constituir “habitação adequada”, pelos propósitos da Convenção. Enquanto a adequação é determinada em parte por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros fatores, o Comitê acredita, contudo, que é possível identificar certos aspectos do direito que devem ser levados em consideração para este propósito em qualquer contexto particular. Eles incluem os seguintes:

a) *Segurança legal de posse.* A posse toma uma variedade de formas, incluindo locação (pública e privada) acomodação, habitação cooperativa, arrendamento, uso pelo próprio proprietário, habitação de emergência e assentamentos informais, incluindo ocupação de terreno ou propriedade. Independentemente do tipo de posse, todas as pessoas deveriam possuir um grau de sua segurança, o qual garante proteção legal contra despejos forçados, pressões incômodas e outras ameaças. Estados-partes deveriam, conseqüentemente, tomar medidas imediatas com o objetivo de conferir segurança jurídica de posse sobre pessoas e domicílios em que falta proteção, em consulta real com pessoas e grupos afetados.

b) *Disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura.* Uma casa adequada deve conter certas facilidades essenciais para saúde, segurança, conforto e nutrição. Todos os beneficiários do direito à habitação adequada deveriam ter acesso sustentável a recursos naturais e comuns, água apropriada para beber, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, facilidades sanitárias, meios de armazenagem de comida, depósito dos resíduos e de lixo, drenagem do ambiente e serviços de emergência.

c) *Custo acessível.* Os custos financeiros de um domicílio associados à habitação deveriam ser a um nível tal que a obtenção e satisfação de outras necessidades básicas não sejam ameaçadas ou comprometidas. Passos deveriam ser tomados pelos Estados-partes para assegurar que a porcentagem dos custos relacionados à habitação seja, em geral, mensurado de acordo com os níveis de renda. Estados-partes

13 Na legislação pátria, vide: Política Nacional de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) e Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10).

14 ONU. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-assentamentos-humanos/>>. Acesso em: 10 jul. 2014. Maiores informações sobre o Programa ONU-Habitat: <<http://unhabitat.org/>>.

deveriam estabelecer subsídios habitacionais para aqueles incapazes de arcar com os custos da habitação, tão como formas e níveis de financiamento habitacional que adequadamente refletem necessidades de habitação. De acordo com o princípio dos custos acessíveis, os possuidores deveriam ser protegidos por meios apropriados contra níveis de aluguel ou aumentos de aluguel não razoáveis. Em sociedades em que materiais naturais constituem as principais fontes de materiais para construção, passos deveriam ser tomados pelos Estados-partes para assegurar a disponibilidade desses materiais.

d) *Habitabilidade*. A habitação adequada deve ser habitável, em termos de prover os habitantes com espaço adequado e protegê-los de frio, umidade, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e riscos de doença. A segurança física dos ocupantes deve ser garantida. O Comitê estimula os Estados-partes a, de modo abrangente, aplicar os Princípios de Saúde na Habitação, preparado pela OMS, que vê a habitação como o fator ambiental mais frequentemente associado a condições para doenças em análises epidemiológicas, isto é, condições de habitação e de vida inadequadas e deficientes são invariavelmente associadas com as mais altas taxas de mortalidade e morbidade.

e) *Acessibilidade*. Habitações adequadas devem ser acessíveis àqueles com titularidade a elas. A grupos desfavorecidos deve ser concedido acesso total e sustentável para recursos de habitação adequada. Assim, a grupos desfavorecidos como idosos, crianças, deficientes físicos, os doentes terminais, os portadores de HIV, pessoas com problemas crônicos de saúde, os doentes mentais, vítimas de desastres naturais, pessoas vivendo em áreas propensas a desastres, e outros deveria ser assegurado um patamar de consideração prioritária na esfera habitacional. Leis e políticas habitacionais deveriam levar em conta as necessidades especiais de habitação desses grupos. Internamente, muitos Estados-partes, aumentando o acesso à terra àqueles que não a possuem ou a segmentos empobrecidos da sociedade, deveriam constituir uma meta central de políticas. Obrigações governamentais precisam ser desenvolvidas, objetivando substanciar o direito de todos a um lugar seguro para viver com paz e dignidade, incluindo o acesso para o terreno como um direito reconhecido.

f) *Localização*. A habitação adequada deve estar em uma localização que permita acesso a opções de trabalho, serviços de saúde, escolas, creches e outras facilidades sociais. Isso é válido para grandes cidades, como também para as áreas rurais, em que os custos para chegar ao local de trabalho podem gerar gastos excessivos sobre o orçamento dos lares pobres. Similarmente, habitações não deveriam ser construídas em locais poluídos nem nas proximidades de fontes de poluição que ameacem o direito à saúde dos habitantes.

g) *Adequação cultural*. A maneira como a habitação é construída, os materiais de construção usados e as políticas em que se baseiam devem possibilitar apropriadamente a expressão da identidade e diversidade cultural da habitação. Atividades tomadas a fim do desenvolvimento ou modernização na esfera habitacional deveriam assegurar que as dimensões culturais da habitação não fossem sacrificadas, e que, entre outras, facilidades tecnológicas modernas fossem também asseguradas.

O segundo texto é o Comentário Geral n° 7 sobre o direito à moradia adequada, que trata do despejo ou deslocamento forçado, considerado como uma nítida violação dos direitos humanos. Declara que “despejos não devem resultar indivíduos desabrigados ou vulneráveis a violações de direitos humanos”. O Comentário Geral incumbiu os governos de garantir alternativa de moradia àqueles que sofreram despejo, sejam legais ou ilegais, bem como assinala que “todo indivíduo tem direito à adequada compensação por qualquer dano, tanto material quanto moral, pelo qual foi afetado”.<sup>15</sup>

O Comentário Geral n° 7 afirma, ainda, que o Estado está obrigado, como disposto no item 14, a tomar os seguintes cuidados e providências, no caso de ser iminente algum despejo forçado:

(i) antes de realizar qualquer despejo forçado, especialmente os que envolvam grande grupos de pessoas, o Estado deve explorar “todas as alternativas possíveis”, consultando as pessoas afetadas, a fim de evitar ou de minimizar o uso da força ou, ainda, de impedir o despejo;

(ii) assegurar às pessoas afetadas pelo despejo, que elas possam utilizar os remédios legais (o direito de

15 Sobre o direito de resistência em situações de carência extrema, vide: GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávila, 2005. p. 16 ss.

defesa e o recurso das decisões judiciais de despejo);

(iii) assegurar a todas as pessoas afetadas pelos despejos forçados o direito à indenização adequada, referente aos bens pessoais ou reais de que foram privados.

A regra adiciona que “remédios 7 legais devem ser providos àqueles que são sujeitos aos despejos”. Mesmo que o Governo siga as provisões do Comentário, ninguém poderá ser transformado em desabrigado ou ter seus direitos humanos violados enquanto ocorre o despejo.<sup>16</sup> Pode-se acrescentar, ainda, outros pressupostos para dar solução pacífica a situações de conflito em que haja ameaça de despejo e de deslocamentos forçados:

- Reconhecer os grupos vulneráveis, como titulares do Direito à Moradia, sem discriminá-los em razão da origem social, posição econômica, origem étnica, sexo, raça ou cor. Deve-se reconhecer que esses grupos têm direito a políticas públicas específicas; e que devem ser incluídos como beneficiários e agentes de qualquer projeto de desenvolvimento (sobretudo dos que os atinjam diretamente), como meio para garantir tratamento isonômico na aplicação das normas de proteção dos direitos humanos instituídas em nosso ordenamento jurídico.

- Democratizar o acesso à terra e à propriedade, de modo que se regulem as atividades do setor privado;

- Devem-se instituir os instrumentos jurídicos e urbanísticos de regularização fundiária pelos quais se reconheça o Direito à Moradia das populações que vivem nos assentamentos informais, mediante leis sobre política urbana e habitacional (como são os Planos Diretores nos municípios).

- Reconhecer e fazer valer o direito à participação: as populações locais mais vulneráveis devem ser consultadas e devem participar da definição de qualquer projeto estratégico para a cidade, em especial no território que ocupam. As minorias devem atuar como beneficiários e agentes dos projetos de desenvolvimento (art. 7º, do Decreto nº 5.051/2004, que regulamenta a Convenção 169, da OIT, Organização Internacional do Trabalho). A participação efetiva é aquela que garante o direito à informação, devendo ser divulgada, em local e tempo apropriados, com procedimentos não apenas consultivos, mas deliberativos e vinculantes.

- Disseminar informações que ajudem todos a entender que os despejos forçados e demolições de domicílio, como medidas punitivas, violam leis e normas nacionais brasileiras (Constituição Federal, Estatuto da Cidade) e também violam tratados internacionais de que o Brasil é signatário (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção de Genebra de 1949, Protocolos de 1977 e a Convenção 169/OIT).

- Regulamentar devidamente a proteção legal às pessoas afetadas pelas ações de remoção, realocação, despejo, de modo que elas disponham de recursos jurídicos apropriados para resguardar os seus direitos à vida, à integridade física e à preservação de seus bens e valores pessoais.

- Garantir a proteção processual das pessoas afetadas pelos despejos forçados, de forma a resguardar o direito de defesa das pessoas afetadas e de forma que todos os notificados tenham prazo suficiente para defender-se e para reorganizar sua vida;<sup>17</sup> prestar a todos os interessados, em prazo razoável, informação relativa ao despejo previsto e, se for o caso, sobre o fim a que se destinam as terras e as residências; garantir a presença de funcionários públicos ou seus representantes, especialmente quando o despejo afete grande número de pessoas; identificar, com precisão e exatamente, todas as pessoas que serão atingidas pelo despejo; garantir que os despejos não sejam executados quando haja mau tempo ou seja noite, oferecendo os correspondentes remédios jurídicos, em cada caso; assegurar a prestação de assistência jurídica às pessoas que necessitem pedir indenização nos tribunais; ter locais apropriados para a guarda dos bens e utensílios

16 SAULE JUNIOR, Nelson. *Observatório da Habitação da Cidade de São Paulo como Instrumento de Controle Social*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), Santiago Chile: ONU, 2005. p. 12-13.

17 Anote-se que não é essa a praxe no TJSP, que tem sistematicamente entendido que em hipóteses de reintegração de posse não é necessária a citação pessoal dos requeridos, sob argumento de que a “extensão da área e natureza da ocupação impossibilitam a individualização dos réus pela dinâmica da comunidade, que resulta em constante modificação do polo passivo”, o que autoriza a aplicação do art. 231, I, do CPC (citação por edital). Agravo de Instrumento nº 0119622-25.2013.8.26.0000, da Comarca de Santo André, TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Rômulo Russo, Data do julgamento: 24/10/2013).

pessoais das pessoas que serão despejadas; oferecer abrigos para as pessoas despejadas.<sup>18</sup>

### 3. POLÍTICA HABITACIONAL

#### 3.1. Déficit habitacional brasileiro

Moradia e habitação são, sob o aspecto constitucional, distintos. A moradia, como se sabe, é direito social atribuído pelo art. 6º da CF/88. A habitação incide sobre um bem imóvel como instrumentalização do direito à moradia, a título gratuito ou oneroso, com caráter de direito real ou de direito pessoal.

A importância prática da distinção é que a perda ou suspensão do direito de habitação pode se dar, observada a tutela jurídica da moradia, como no despejo com prazo digno de desocupação e com direito de ampla defesa e contraditório.

Note-se que a inviolabilidade domiciliar prevista na CF/88 é a regra, sendo excepcionada apenas em casos extremos, como o flagrante próprio de um crime permanente, como o ter em depósito drogas ou armamentos ilícitos em uma residência, ou em caso de desastre, ou para prestação de socorro, ou, ainda, mediante mandado judicial fundamentado pelo magistrado e durante o dia (art. 5º, XI).

Nesse sentido, Sergio Iglesias Nunes de Souza destaca que, embora seja frequente a utilização das locuções direito à moradia e direito de habitação como sinônimas, na verdade existem diferenças marcantes entre as duas expressões:

Tem-se a distinção, no ordenamento jurídico, do direito à moradia e do direito de habitação, cada qual com características próprias. Não obstante comumente se utilizar as expressões direito à moradia e direito de habitação como sinônimas, a distinção de cada uma tem relevância, sobretudo para distinguir a importância de cunho pessoal da primeira e do cunho patrimonial da segunda, sem, porém, olvidar-se do forte limete teleológico em que ambas se encontram. Portando, a moradia é um bem extrapatrimonial da personalidade e tutelado pelos direitos da personalidade e, portanto, assume todas as características desse direito, especialmente, a irrenunciabilidade. Toda e qualquer cláusula que implique em renúncia, isto é, a disposição total e plena da moradia, esta deverá ser considerada cláusula nula de pleno direito. Constitui ao ilícito a renúncia ao bem da moradia.

Deve-se observar que a disposição relativa da habitação sobre um imóvel é admissível, como por exemplo, a venda de um imóvel pelo seu titular, já que acarretará benesses financeiras para sua subsistência em outro imóvel; a locação residencial; a fiança prestada a um contrato de locação residencial, diante da função social desses contratos em preservação do acesso à moradia social, dentre outros. Todavia, a renúncia do direito à moradia sem uma contraposição de outro direito de mesmo valor jurídico extrapatrimonial, não tem justificativa em nosso ordenamento jurídico, bem como perante as normas internacionais.<sup>19</sup>

Por outro lado, o *deficit* habitacional no Brasil é imenso. Era estimado, para o ano de 2005, em 7,9 milhões de residências, sendo que 96,3% desta demanda se concentrava na faixa de renda de até cinco salários mínimos, bem como existiam cerca de 1,96 milhão de domicílios em aglomerados subnormais no Brasil.<sup>20</sup>

18 SAULE JUNIOR, Nelson. *Observatório da Habitação da Cidade de São Paulo como Instrumento de Controle Social*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), Santiago Chile: ONU, 2005. p. 142-143. Sobre o direito de resistência em situações de carência extrema, vide: GARGARELLA, Roberto. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*. In: GARGARELLA Roberto (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávila, 2005. p. 16 ss.

19 SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 160.

20 Fonte: IBGE, PNAD 2005 (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 15/10/11. Segundo definição do IBGE, aglomerado subnormal é conceito que se aproxima de favela, pois se trata do “conjunto constituído por no mínimo 51 unidades habitacionais (casas, barracos etc.) ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular), dispostas, em geral, de forma desordenada e densa. Em sua maioria são

Os dados demonstram que, em 2008, o *deficit* habitacional era estimado em 5,546 milhões de domicílios, dos quais 4,629 milhões, ou 83,5%, estão localizados nas áreas urbanas. As famílias com renda até 5 salários mínimos totalizam 96,6% do *deficit* habitacional urbano (89,6%, se considerado até 3 salários mínimos), ou seja, houve um acréscimo de 0,3% em três anos. Do total do *deficit* habitacional, 36,9% localiza-se na região Sudeste, conforme se pode observar no mapa a seguir. Na comparação entre 2008 e a estimativa recalculada de 2007 houve queda de 442.754 unidades habitacionais no montante considerado como déficit habitacional no Brasil.<sup>21</sup>

Os dados mais recentes, colhidos pelo IBGE, em colaboração com a Fundação João Pinheiro, mostram que o déficit habitacional, em 2011, correspondia a 5,889 milhões de domicílios, o que representa 9,5% dos domicílios particulares permanentes e improvisados e que, em 2012 esse número caiu para 5,792 milhões, o equivalente a 9,1% de déficit relativo, conforme tabela abaixo.<sup>22</sup>

## DÉFICIT HABITACIONAL TOTAL, RELATIVO E POR COMPONENTES

Brasil  
2007 – 2012

Especificação	ANO				
	2007	2008	2009	2011	2012
Déficit Total Absoluto	6.102.414	5.686.703	6.143.226	5.889.357	5.792.508
Déficit Total Relativo	10,8	9,8	10,4	9,5	9,1
Total de Domicílios	56.338.622	58.180.644	59.252.675	62.116.819	63.766.688
<b>COMPONENTES</b>					
Habitação Precária	1.264.414	1.158.801	1.088.634	1.187.903	883.777
<i>Improvisados</i>	109.421	101.100	69.432	130.905	85.550
<i>Rústicos</i>	1.154.993	1.057.701	1.019.202	1.056.998	798.227
Coabitação Familiar	2.481.128	2.211.276	2.511.541	1.916.716	1.865.457
<i>Cômodos</i>	200.094	175.366	216.924	221.546	170.926
<i>Famílias Conviventes</i>	2.281.034	2.035.910	2.294.617	1.695.170	1.694.531
Ônus Excessivo com Aluguel	1.965.981	1.928.236	2.143.415	2.388.316	2.660.348
Adensamento Excessivo	390.891	388.390	399.636	396.422	382.926

Fonte: Dados básicos: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2007 - 2012.

### 3.2. Política Nacional de Habitação de Interesse Social

carentes de serviços públicos essenciais”. Tal critério releva que o deficit habitacional é certamente maior do que os dados oficiais mostram. Pode-se conceituar as favelas como áreas públicas ou privadas ocupadas espontaneamente ou de forma organizada, por pessoas de baixa renda, em que não há segurança jurídica da posse, com ameaça de despejo, pois o parcelamento do solo é informal, não se enquadrando nos padrões das legislações urbanísticas e ambientais. Já os cortiços ou habitações coletivas multifamiliares são em geral imóveis particulares superadensados, com precárias condições de habitabilidade, com risco à saúde ou de vida. Os cortiços também são irregulares em razão da precariedade da relação entre proprietário ou locador e os moradores (locatários ou sublocatários). Sobre o tema, vide: MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O direito das favelas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013; FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

21 BRASIL. Ministério das Cidades. *Deficit habitacional no Brasil 2008*. Secretaria Nacional de Habitação. Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Brasília: Ministério das Cidades, 2011. p. 29 e 35. Vide mapa do *deficit* habitacional total, segundo unidades da Federação: dados básicos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*, 2008. Elaboração: Centro de Estatística e Informações / Fundação João Pinheiro.

22 MINISTÉRIO DAS CIDADES. *Deficit habitacional no Brasil 2012. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*, 2007-2012. Disponível em: <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Para enfrentar esse enorme desafio, em 2004 foi aprovada, no âmbito do Ministério das Cidades, a Política Nacional de Habitação (PNH), com destaque para participação do Conselho das Cidades,<sup>23</sup> com o principal objetivo de “retomar o processo de planejamento do setor habitacional e garantir novas condições institucionais para promover o acesso à moradia digna a todos os segmentos da população”.<sup>24</sup>

A PNH foi estruturada em três eixos de ação, assim distribuídos:

### EIXOS ESTRUTURANTES DE AÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE HABITAÇÃO

<p><b>1. Integração urbana de assentamentos precários</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ urbanização em áreas precárias</li> <li>▪ intervenção em cortiços</li> <li>▪ regularização fundiária</li> <li>▪ melhoria da qualidade habitacional</li> </ul>
<p><b>2. Produção habitacional</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ aquisição de imóveis novos ou usados</li> <li>▪ locação social pública ou privada</li> <li>▪ reabilitação em áreas urbanas centrais</li> <li>▪ melhoria habitacional</li> </ul>
<p><b>3. Integração da política habitacional à política de desenvolvimento urbano</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Política fundiária e imobiliária para habitação</li> <li>▪ Regularização fundiária</li> <li>▪ Uso de terrenos e imóveis públicos para habitação</li> <li>▪ Revisão da legislação federal de parcelamento do solo para habitação</li> <li>▪ Impacto da política de financiamento habitacional sobre o valor do solo urbano</li> <li>▪ Mobilidade e transporte urbano</li> <li>▪ Infraestrutura urbana e saneamento ambiental</li> </ul>

**TABELA - Eixos estruturantes de ação da Política Nacional de Habitação**<sup>25</sup>

Em seguida, foi editada a Lei nº 11.124/2005, primeira lei de iniciativa popular pós-CF/88, que criou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), com o objetivo de: I – viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável; II – implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e III – articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação (art. 2º).<sup>26</sup>

23 O Conselho das Cidades (ConCidades) foi criado pela MP 2220/2001 (artigos 10-14), com o nome de Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU). É um órgão colegiado de natureza deliberativa e consultiva, integrante da estrutura do Ministério das Cidades, tem por finalidade estudar e propor as diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, bem como acompanhar e avaliar a sua execução, conforme dispõe o Estatuto da Cidade. O Decreto 5.790/2006 dispõe sobre composição, estruturação, competências e funcionamento do ConCidades. Maiores informações: <<http://www.cidades.gov.br/>>.

24 Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

25 BRASIL. Ministério das Cidades. Cadernos Ministério das Cidades 4: Política Nacional de Habitação. Brasília: Ministério das Cidades, 2004. Apud. NAIME, Jéssica. *A política de habitação social no governo Lula: dinâmicas e perspectivas*. In: Seminário nacional: governança urbana e desenvolvimento metropolitano, Anais, Natal: UFRN, 2010, p. 5.

26 Relembre-se que a União possui competência constitucional para: art. 21, XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX); promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX); e elaborar normas gerais e federais em Direito Urbanístico (art. 24, I).

Dentre vários recursos que compõem o SNHIS (art. 6º da citada Lei), destaca-se o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), criado pela mesma Lei nº 11.124/2005 (artigos 7º a 13), com o objetivo de centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do SNHIS, destinados a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda.

Os recursos do FNHIS – que serão aplicados de forma descentralizada por intermédio dos Estados, Distrito Federal e Municípios ou por meio de repasse a entidades privadas sem fins lucrativos (art.12) – serão destinados a ações vinculadas aos programas de habitação de interesse social que contemplem (art. 11): a) aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, locação social e arrendamento de unidades habitacionais em áreas urbanas e rurais; b) produção de lotes urbanizados para fins habitacionais; c) urbanização, produção de equipamentos comunitários, regularização fundiária e urbanística de áreas caracterizadas de interesse social; d) implantação de saneamento básico, infraestrutura e equipamentos urbanos, complementares aos programas habitacionais de interesse social; e) aquisição de materiais para construção, ampliação e reforma de moradias; f) recuperação ou produção de imóveis em áreas encortçadas ou deterioradas, centrais ou periféricas, para fins habitacionais de interesse social; g) outros programas e intervenções na forma aprovada pelo Conselho Gestor do FNHIS.

Por sua vez, a Lei nº 11.977/2009 criou o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), com a finalidade de criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (art. 1º, *caput*, com redação dada pela Lei nº 12.424/2011).

Tal programa habitacional compreende (art. 1º):

I – o *Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU)*, que tem por objetivo promover a produção ou a aquisição de novas unidades habitacionais ou a requalificação de imóveis urbanos (art. 4º, com redação dada pela Lei nº 12.424/2011). Assim, fica a União autorizada a conceder subvenção econômica ao programa para facilitar a aquisição, a produção e a requalificação do imóvel residencial, ou complementar o valor necessário para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das operações de financiamento realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) – art. 6º;

II – o *Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR)*, que tem como finalidade subsidiar a produção ou reforma de imóveis aos agricultores familiares e trabalhadores rurais, por intermédio de operações de repasse de recursos do orçamento geral da União ou de financiamento habitacional com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) (art. 11, redação da Lei nº 12.424/2011). Nessa hipótese, a União também está autorizada a conceder subvenção econômica ao programa para facilitar a produção ou reforma do imóvel residencial, complementar o valor necessário a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das operações de financiamento realizadas pelos agentes financeiros, ou ainda, complementar a remuneração do agente financeiro, nos casos em que o subsídio não esteja vinculado a financiamento (art. 13, redação da Lei nº 12.424/2011);

III – a autorização, prevista no art. 18, para a União transferir recursos ao *Fundo de Arrendamento Residencial (FAR)* e ao *Fundo de Desenvolvimento Social (FDS)*. O FAR financia o Programa de Arrendamento Residencial, instituído pela Lei nº 10.188/2001, para atendimento à necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, programa cuja gestão cabe ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal (CEF). O FDS, criado pelo Decreto nº 103/1991 e disciplinado pela Lei nº 8.677/93, também é gerido pela CEF e destina-se ao financiamento de projetos de investimentos de relevante interesse social nas áreas de habitação popular, saneamento básico, infraestrutura urbana e equipamentos comunitários (art. 2º, Lei nº 8.677/93);

IV – a autorização para a União participar do *Fundo Garantidor da Habitação Popular (FGHab)*, que tem natureza privada e patrimônio próprio, separado do patrimônio dos cotistas, bem como visa garantir o pagamento aos agentes financeiros de prestação mensal de financiamento habitacional, no âmbito do SFH,

devida por mutuário final, em caso de desemprego e redução temporária da capacidade de pagamento, ou assumir o saldo devedor do financiamento imobiliário, em caso de morte e invalidez permanente, e as despesas de recuperação relativas a danos físicos ao imóvel; em ambos os casos para mutuários com renda familiar mensal de até R\$ 4.650,00 (art. 20, redação da Lei nº 12.424/2011). O FGHab concederá garantia para até 1.400.000 financiamentos imobiliários contratados exclusivamente no âmbito do PMCMV (art. 29, redação da Lei nº 12.424/2011),<sup>27</sup> bem como as coberturas do FGHab, descritas no art. 20, serão prestadas às operações de financiamento habitacional para produção ou aquisição de imóveis novos em áreas urbanas, requalificação de imóveis já existentes em áreas consolidadas no âmbito do PNHU, ou para produção de moradia no âmbito do mesmo Programa (art. 30, redação da Lei nº 12.424/2011); e

V – a autorização para a União conceder subvenção econômica ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) especificamente nas operações de financiamento de linha especial para infraestrutura em projetos de habitação popular (art. 33).

Note-se, por fim, que os contratos e registros efetivados no âmbito do PMCMV serão formalizados, preferencialmente, em nome da mulher (art. 35, Lei nº 11.977/2009). Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS (art. 35-A, Lei nº 11.977/2009, incluído pela Lei nº 12.693, de 2012). No entanto, nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido (parágrafo único, art. 35-A, Lei nº 11.977/2009, incluído pela Lei nº 12.693, de 2012).

Saliente-se, também, que é possível a utilização de outros instrumentos na política habitacional federal, inclusive de regularização fundiária, tais como Zonas Habitacionais de Interesse Social (ZHIS),<sup>28</sup> Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), usucapião especial urbana, CDRU e CUEM.

Por fim, registre-se que existem normas protetivas em outros diplomas legislativos federais, como a Lei nº 8.245/91 (Lei de Locação de Imóveis Urbanos)<sup>29</sup> e Lei nº 9.636/98.<sup>30</sup>

### 3.3. Política habitacional do Distrito Federal

A imprensa noticiou, recentemente, que o Distrito Federal registrou o maior *deficit* habitacional proporcional entre as dez maiores RMs do país, segundo levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), divulgado 25/11/2013. O estudo é um cruzamento de dados da Pesquisa de Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2012 e

27 De acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº 651, de 9 de julho de 2014, no art. 29, *caput*, tem-se: “O FGHab concederá garantia para até dois milhões de financiamentos imobiliários contratados exclusivamente no âmbito do PMCMV”.

28 Previstas no art. 6º, § 2º da Lei nº 6.766/79 (com redação dada pela Lei nº 9.785/99).

29 Lei nº 8.245/91, art. 24. Nos imóveis utilizados como habitação coletiva multifamiliar, os locatários ou sublocatários poderão depositar judicialmente o aluguel e encargos se a construção for considerada em condições precárias pelo Poder Público. 1º O levantamento dos depósitos somente será deferido com a comunicação, pela autoridade pública, da regularização do imóvel. 2º Os locatários ou sublocatários que deixarem o imóvel estarão desobrigados do aluguel durante a execução das obras necessárias à regularização. 3º Os depósitos efetuados em juízo pelos locatários e sublocatários poderão ser levantados, mediante ordem judicial, para realização das obras ou serviços necessários à regularização do imóvel.

30 Lei nº 9.636/98, art. 1º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada (redação dada pela Lei nº 11.481/2007).



mostra que o índice é de 115.922 moradias, o que corresponde a 13,6% do total de residências na capital. A RM de Brasília foi a única entre as dez que teve aumento do *deficit* quando comparados os dados nos últimos seis anos. Em 2007, o DF registrou índice de 12,8% (96.279 moradias).<sup>31</sup>

A LODF estabelece que a política habitacional do Distrito Federal será dirigida ao meio urbano e rural, em integração com a União, com vistas à solução da carência habitacional, para todos os segmentos sociais, com prioridade para a população de média e baixa renda (art. 327).

Determina, ainda, que a ação do Governo do Distrito Federal será orientada em consonância com os planos diretores de ordenamento territorial e locais,<sup>32</sup> especialmente quanto (art. 328):

- I – à oferta de lotes com infraestrutura básica;
- II – ao incentivo para o desenvolvimento de tecnologias de construção de baixo custo, adequadas às condições urbana e rural;
- III – à implementação de sistema de planejamento para acompanhamento e avaliação de programas habitacionais;
- IV – ao atendimento prioritário às comunidades localizadas em áreas de maior concentração da população de baixa renda, garantido o financiamento para habitação;
- V – ao estímulo e incentivo à formação de cooperativas de habitação popular;
- VI – à construção de residências e à execução de programas de assentamento em áreas com oferta de emprego, bem como ao estímulo da oferta a programas já implantados;
- VII – ao aumento da oferta de áreas destinadas à construção habitacional.

As cooperativas habitacionais de trabalhadores terão prioridade na aquisição de áreas públicas urbanas destinadas à habitação, na forma da lei (art. 328, parágrafo único, LODF), que, no caso, é a Lei nº 3.877/2006, que trata da política habitacional do Distrito Federal, notadamente os artigos 15-21.<sup>33</sup>

31 DF tem maior déficit habitacional entre regiões metropolitanas no país.

Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/11/df-tem-maior-deficit-habitacional-entre-regioes-metropolitanas-no-pais.html>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

32 Vide: PDOT – Plano Diretor de Ordenamento Territorial do DF - LC 803/2009, com as alterações da LC 854/2012, artigos 47-51 (Da Habitação) e 134-140 (Da Estratégia de Oferta de Áreas Habitacionais). Os Planos Diretores Locais (PDLs) aprovados são os seguintes: a) PDL de Sobradinho, LC 56/97; b) PDL de Taguatinga, LC 90/98; c) PDL de Candangolândia, LC 97/98; d) PDL de Ceilândia, LC 314/2000; e) PDL de Samambaia, LC 370/2001; f) PDL do Gama, LC 728/2006; g) PDL do Guarã, LC 733/2006.

33 Lei nº 3.877/2006 - Das Cooperativas e Associações Habitacionais - Art. 15. As cooperativas e associações habitacionais não enquadradas nos programas habitacionais de interesse social poderão ter programas próprios. Art. 16. As cooperativas habitacionais de trabalhadores terão prioridade na aquisição de áreas públicas destinadas à habitação, na forma do art. 328, parágrafo único, da Lei Orgânica do Distrito Federal. Art. 17. Às cooperativas e associações habitacionais é vedada a cobrança de qualquer tipo de contribuição de seus associados para fins de aquisição de unidades imobiliárias de programa habitacional do Distrito Federal, excetuadas as taxas previstas em seus estatutos, em lei ou em seus regulamentos. Art. 18. Nenhum cooperado ou associado pode beneficiar-se mais de uma vez em programa habitacional do Distrito Federal. Art. 19. Para participar de programas habitacionais destinados a cooperativa ou associação, o candidato deve atender ao seguinte: I – ter maioridade ou ser emancipado na forma da lei civil; II – residir no Distrito Federal nos últimos cinco anos; III – não ser, nem ter sido proprietário, promitente comprador ou cessionário de imóvel residencial no Distrito Federal; IV – não ser usufrutuário de imóvel residencial no Distrito Federal; V – ter renda familiar compatível com o programa. *Parágrafo único.* Excetuam-se do disposto nos incisos III e IV deste artigo as situações previstas no art. 4º, parágrafo único. Art. 20. Para participar de programa habitacional, a cooperativa ou associação habitacional deverá: I – estar legalmente constituída há pelo menos um ano da data de publicação do edital de licitação; II – ter registro de seu estatuto e ato de constituição na Junta Comercial do Distrito Federal ou no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas; III – apresentar: a) estatuto e suas alterações, se houver, com os respectivos registros; b) ata de constituição e de eleição da diretoria em exercício, com a relação de seus membros e a qualificação dos diretores; c) registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ; d) certificado de regularidade perante a seguridade social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS; e) comprovante de regularidade fiscal; f) certidão negativa civil e criminal dos dirigentes junto à Justiça Federal e à Justiça do Distrito Federal e Territórios; g) relação dos cooperados ou associados, com perfil socioeconômico definido. Art. 21. A transferência de domínio ao cooperado ou associado será feita pela TERRACAP, em conjunto com o Distrito Federal, por intermédio da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Habitação do Distrito Federal – SEDUH.

A LODF prescreve, também, que o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual deverão garantir o atendimento às necessidades sociais por ocasião da distribuição dos recursos para aplicação em projetos de habitação urbana e rural pelos agentes financeiros oficiais de fomento (art. 330).

O art. 331 da LODF veda a implantação de assentamento populacional sem que sejam observados os pressupostos obrigatórios de infraestrutura e saneamento básico, bem como a realização de EIV para construção, instalação, reforma, recuperação, ampliação e operação de empreendimentos ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ao meio ambiente, disciplinado no art. 289 da LODF e na Lei Distrital 5.022/2013.

A LODF prescreve, ainda, que a lei disporá sobre contratos de transferência de posse e domínio para os imóveis urbanos em programas habitacionais promovidos pelo Poder Público, observadas as seguintes condições (art. 329):

- I – o título de transferência de posse e de domínio, conforme o caso, será conferido a homem ou mulher, independentemente do estado civil;
- II – será vedada a transferência de posse àquele que, já beneficiado, a tenha transferido para outrem, sem autorização do Poder Público, ou que seja proprietário de imóvel urbano.<sup>34</sup>

A Lei Distrital nº 3.877/2006 dispõe sobre a política habitacional do Distrito Federal (LPH-DF) e determina que será implementada pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Habitação do Distrito Federal (SEDUH), em atendimento ao banco de dados dos inscritos nos programas habitacionais da própria SEDUH e do Instituto de Desenvolvimento Habitacional do Distrito Federal (IDHAB) (art. 3º, VIII).

Para participar de programa habitacional de interesse social, o interessado deve atender aos seguintes requisitos (art. 4º, *caput*, Lei nº 3.877/2006):

- I – ter maioridade ou ser emancipado na forma da lei;
- II – residir no Distrito Federal nos últimos cinco anos;
- III – não ser, nem ter sido proprietário, promitente comprador ou cessionário de imóvel residencial no Distrito Federal;
- IV – não ser usufrutuário de imóvel residencial no Distrito Federal;
- V – ter renda familiar de até doze salários mínimos.

Entretanto, excetuam-se do disposto nos incisos III e IV acima as seguintes situações (art. 4º, parágrafo único, LPH-DF):

- I – propriedade anterior de imóvel residencial de que se tenha desfeito, por força de decisão judicial, há pelo menos cinco anos;
- II – propriedade em comum de imóvel residencial, desde que dele se tenha desfeito, em favor do coadquirente, há pelo menos cinco anos;
- III – propriedade de imóvel residencial havido por herança ou doação, em condomínio, desde que a fração seja de até 50%;

34 Lei nº 3.877/2006 – Dos Contratos de Transferência Art. 7º Os contratos de transferência de posse e domínio para os imóveis urbanos em programas habitacionais promovidos pelo Poder Público observarão as seguintes condições: I – o título de transferência de posse ou de domínio, conforme o caso será conferido a homem ou mulher, independentemente de estado civil; II – será vedada a transferência de posse àquele que, já beneficiado, a tenha transferido para outrem sem autorização do Poder Público ou que seja proprietário de imóvel urbano. Parágrafo único. Especificamente para lavratura de escritura, os registros cartoriais deverão constar, preferencialmente, no nome da mulher. (Parágrafo acrescido pela Lei Complementar nº 762, de 23/5/2008.) Art. 9º A transferência de posse de imóvel de programa habitacional pelo Poder Público ao beneficiário independe de autorização legislativa. Art. 10. Enquanto não houver a transferência de domínio do Poder Público para o beneficiário, é vedado a este transferir a terceiros a posse de bem imóvel recebido no âmbito de programa habitacional do Distrito Federal, salvo se autorizado pelo Poder Executivo. Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a estabelecer convênios com os cartórios, com o objetivo de fornecer gratuitamente ou com redução de custos a primeira titulação dos imóveis destinados aos programas habitacionais de interesse social.

IV – propriedade de parte de imóvel residencial, cuja fração não seja superior a 25%;

V – propriedade anterior, pelo cônjuge ou companheiro do titular da inscrição, de imóvel residencial no Distrito Federal do qual se tenha desfeito, antes da união do casal, por meio de instrumento de alienação devidamente registrado no cartório competente;

VI – devolução espontânea de imóvel residencial havido de programa habitacional desenvolvido pelo Governo do Distrito Federal ou por meio de instituição vinculada ao Sistema Financeiro de Habitação, comprovada mediante a apresentação de instrumento registrado em cartório;

VII – nua propriedade de imóvel residencial gravado com cláusula de usufruto vitalício;

VIII – renúncia de usufruto vitalício.

A LPH-DF determina que TERRACAP deverá disponibilizar para o Distrito Federal as unidades parceladas ou as glebas destinadas a habitações de interesse social (art. 5º, *caput*). Contudo, de cada área destinada à habitação de interesse social, serão reservados (art. 5º, § 1º):

I – 45% para atendimento do Cadastro Geral de Inscrições da SEDUH;

II – 40% para atendimento de cooperativas ou associações habitacionais;

III – 20% para os demais programas habitacionais de interesse social.

A LPH-DF estabelece os instrumentos de transferência da posse de imóveis públicos destinados a programas habitacionais urbanos: I - autorização ou permissão de uso; II - concessão de uso; III - CUEM; IV - CDRU (art. 8º, *caput*). A autorização de uso ou a permissão de uso serão admitidas apenas nos casos de urgência decorrente de situação de risco ou de calamidade pública (art. 8º, § 1º). Os demais instrumentos deverão obedecer à legislação federal ou distrital (art. 8º, § 2º).

Quanto ao título de domínio, a LPH-DF institui que o beneficiário de programa habitacional do Distrito Federal poderá requerer a transferência de domínio após cumpridos os prazos estabelecidos na LODF (art. 11).

Originalmente, a LODF estabelecia o prazo de 10 anos. Note-se, no entanto, que a Emenda à Lei Orgânica nº 13/96, que havia alterado o inciso III do art. 329 da LODF para reduzir o prazo para 30 meses, foi declarada inconstitucional pela ADI nº 2004002005841-9 – TJDFT (DJ 1º/6/2009), o que restaura a redação original (o prazo de 10 anos). Ocorre, porém, que o referido inciso foi revogado pela Emenda à Lei Orgânica nº 55, de 23/11/2009, ficando sem prazo previsto na legislação.

A par disso, a LPH-DF preceitua que os imóveis públicos destinados a programas habitacionais serão alienados por meio de venda, permuta ou doação (art. 12). Dispõe, ainda, que os bens imóveis públicos que integram programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social podem ter dispensada a sua licitação nas hipóteses de alienação, CDRU, concessão ou permissão de uso, na forma prevista no art. 17, I, “f”, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (art. 13, *caput* e parágrafo único). O art. 26 da LPH-DF estabelece que os recursos arrecadados no âmbito dos programas habitacionais do Distrito Federal constituem receita do Fundo de Desenvolvimento Urbano do Distrito Federal (FUNDURB-DF), criado pela LC 36/97 e atualmente regido pela LC 800/2009.

Por fim, convém destacar que, por conta da lisura do pleito eleitoral, o art. 25 da LPH-DF proíbe a emissão de cartas convocatórias para distribuição de lotes nos três meses que antecedem eleição, excetuados os processos em andamento que estejam previamente formalizados.

O marco legal da política habitacional do Distrito Federal é constituído, ainda, pelas seguintes leis:

- Lei Distrital nº 4.020/2007, que cria o Sistema de Habitação do Distrito Federal (SIHAB/DF) e autoriza a criação da empresa pública Companhia de Desenvolvimento Habitacional do Distrito Federal (CO-DHAB/DF), vinculada à SEDUMA, cuja finalidade é a execução da Política de Desenvolvimento Habitacional do Distrito Federal, coordenando as ações.

- LC 762/2008, que cria o Fundo Distrital de Habitação de Interesse Social (FUNDHIS) e institui o Conselho Gestor do FUNDHIS, nos termos da Lei federal nº 11.124/2005.
- LC 794/2008, que cria o Programa Cheque-Moradia no âmbito do Distrito Federal, destinado à aquisição de mercadorias ou materiais para construção, reforma, ampliação ou conclusão de unidades habitacionais de interesse social, integrantes ou não de programas habitacionais locais.
- LC 796/2008, que dispõe sobre a Política Habitacional para Pessoas com Deficiência no âmbito do Distrito Federal.
- Lei nº 5.197/2013, que dispõe sobre a alienação de bens imóveis do Distrito Federal no âmbito da Política Habitacional de Interesse Social do Distrito Federal.<sup>35</sup>

#### 4. DESAFIOS DA TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À MORADIA

Os argumentos normalmente utilizados para dar efetividade à tutela judicial do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, são de três ordens: a) ausência de previsão orçamentária; b) ofensa à separação de poderes; e c) reserva do possível.

Tais argumentos não podem constituir obstáculos intransponíveis ao deferimento de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, a ausência ou insuficiência orçamentária para efetividade de uma política pública habitacional que diminua de fato o enorme déficit habitacional brasileiro (acrescido à precariedade de saneamento básico), já constituem uma contumácia aos comandos constitucionais.

Além disso, se existe, realmente, falta de recursos públicos do Município para tutela concreta do direito à moradia, passa-se a obrigação para o Estado-membro respectivo e, em caso negativo, chega-se à União, que certamente terá orçamento necessário. Não se pode esquecer que é competência comum dos entes federados a promoção de programas de construção de moradias (art. 23, IX, CF/88).<sup>36</sup>

Aliás, referida avaliação só é possível após minuciosa análise do orçamento, em contraste com gastos supérfluos, comuníssimos na Administração Pública brasileira em geral.

De outra parte, o controle judicial da atividade da Administração Pública não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição Federal e para contrariar o interesse público.

A propósito, convém esclarecer que não se trata de ativismo judicial. Ao contrário, ativista é a Constituição Federal de 1988, que, dentre diversos exemplos, afirmou que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º, art. 5º). O Poder Judiciário tão somente está dando efetividade àquilo que a Carta Magna prescreveu com todas as letras. Nesse ponto, anui-se completamente com as ideias propostas pelo prof. Carlos Ayres Britto.

35 Lei nº 5.197/2013, art. 1º Fica autorizada a alienação dos bens imóveis de propriedade do Distrito Federal aos candidatos habilitados e às entidades credenciadas no âmbito do Programa Habitacional de Interesse Social do Distrito Federal. § 1º Integram os imóveis de que trata este artigo as áreas: I – previstas na Estratégia de Oferta de Áreas Habitacionais do Plano Diretor de Ordenamento Territorial; II – que já foram objeto de procedimentos administrativos com vistas à execução da Política Habitacional de Interesse Social do Distrito Federal. § 2º A doação é admitida somente ao beneficiário final com renda familiar não superior a cinco salários-mínimos. § 3º Na hipótese de venda, o Distrito Federal pode aplicar redutor no valor dos terrenos estabelecido em ato próprio do órgão executor da Política Habitacional, desde que as vantagens financeiras sejam repassadas ao beneficiário final da aquisição do terreno. § 4º Ocorrendo a doação ou a venda de que trata esta Lei, deve ser observado o disposto no art. 17, I, f, da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

36 A CF/88 foi a primeira constituição brasileira a consagrar o princípio solidarista, fundamento da decisão do STF que autorizou a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510).

Com efeito, a concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e do Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra, a implementação de políticas públicas é da alçada do Executivo e do Legislativo. Todavia, na hipótese de injustificada omissão ou insuficiência, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. É o posicionamento do STF (ADPF 45-MC, rel. Min. Celso de Mello, 2004).

Do mesmo modo, o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser óbice da tutela judicial efetiva do direito fundamental à moradia digna, especialmente quando é fato notório que o Estado não desempenha seus deveres primários com o mínimo de satisfatoriedade. A adoção do argumento da reserva do possível acaba por reduzir a eficácia dos direitos sociais a zero.

Note-se que a cláusula da reserva do possível tornou-se conhecida a partir do *leading case* julgado pelo Tribunal Federal alemão nos anos 70 do século passado, denominado *numerus clausus*. A questão posta sob julgamento tratava da limitação do número de vagas nas Universidades alemãs imposta pela política à época em detrimento do disposto no art. 12 da Lei Fundamental, que assegurava a todos o direito de escolher livremente sua profissão, seu local de trabalho e seu centro de formação. Na solução da demanda, o Tribunal Constitucional alemão afirmou que o direito à prestação positiva estava sujeito à reserva do razoavelmente possível de o indivíduo exigir do Estado e da sociedade.

A teoria da reserva do possível foi bem delimitada pelo jurista gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet, em tríplice aspecto, visando:

1. à efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais sociais;
2. à disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que conserva correlação com a definição das prioridades na distribuição das receitas públicas;
3. à proporcionalidade e à razoabilidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade.<sup>37</sup>

A questão da disponibilidade fática dos recursos é a que apresenta os debates mais intensos, pois não há como negar que, no Brasil, as demandas sociais são elevadas e os recursos públicos são finitos. Nesse sentir, o atendimento da necessidade não deve ser feito a todos, mas tão-somente aqueles que comprovarem que não possuem os recursos para arcar com os seus custos. Daniel Sarmento sustenta ser necessária a análise da razoabilidade da universalização da prestação exigida, tendo em conta os recursos disponíveis, tendo em vista o princípio da isonomia.<sup>38</sup>

Na segunda dimensão, relativa à disponibilidade jurídica mencionada, verifica-se quais os sujeitos competentes para formular e efetivar as políticas públicas, determinando as prioridades na distribuição das receitas públicas. Situa-se aqui uma questão importante, qual seja, a possibilidade (ou não) de controle judicial das políticas públicas para efetivar os direitos sociais injustamente negados pela inércia ou ineficiência dos poderes políticos (assim entendidos os Poderes Executivo e Legislativo).

Em que pese as críticas e entendimentos contrários, e apesar do reconhecimento de que a elaboração e implementação das políticas públicas incumbem ao Legislativo e Executivo, respectivamente, é papel do Judiciário determinar a implementação das políticas públicas impostas pela Constituição Federal aos órgãos estatais faltosos. Nesse sentido, Dirley Cunha Júnior afirma que

as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaraia do Legislativo para o Judiciário.<sup>39</sup>

O terceiro ponto, relativo à proporcionalidade da prestação invocada e a razoabilidade de ser postulada do Estado, sobrevém a adequação da pretensão individual às reservas previstas no orçamento. Destaca-se,

37 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

38 SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 200.

39 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 785.

nesse item, que é vedado ao Estado sustentar, com base na teoria da reserva do possível, a inviabilidade de implementar políticas públicas definidas como obrigatórias pela Constituição, tal como a política habitacional que dignifique o direito à moradia. Assim, é necessário a ocorrência de motivo justo e objetivamente verificável para acolhimento da teoria da reserva do possível como elemento capaz de exonerar o Estado no cumprimento de suas obrigações constitucionais. Não é outra a lição da doutrina, tal como esposado por Jorge Reis Novais:

Assim, quando se aprecia a proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental, avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem protegido de direito fundamental que resulta, em consequência, desvantajosamente afetado. Por sua vez, a observância ou violação do princípio da proporcionalidade dependerão da verificação da medida em que essa relação é avaliada como sendo justa, adequada, razoável, proporcionada ou, noutra perspectiva, e dependendo da intensidade e sentido atribuídos ao controle, da medida em que ela não é excessiva, desproporcionada, desrazoável.<sup>40</sup>

Diante dessas dificuldades, a jurisprudência nem sempre tutela adequadamente os direitos sociais, conforme se pode observar do seguinte aresto em que um mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) postula revisão contratual:

DIREITO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA SEGURADORA. INOCORRÊNCIA. SISTEMA SACRE. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REVISÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DO CDC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. DIREITO SOCIAL À MORADIA. APELAÇÃO DESPROVIDA. [...] 4. Não se pode invocar, como justificativa ao pleito revisional, argumentos genéricos, baseados em direitos e garantias simplesmente porque constitucionalmente previstos, como a função social da posse, o direito à moradia, a dignidade da pessoa humana e a condição financeira do ocupante do imóvel. De fato, no direito contemporâneo, a obrigatoriedade dos contratos foi relativizada, permitindo a revisão do negócio e até a sua resolução, em virtude de transformações imprevisíveis que onerem demasiadamente a situação jurídica de uma das partes. Tal abordagem, no entanto, não aboliu o princípio da força obrigatória dos contratos, nem pode ser invocada para justificar a pretensão de reformulação de contratos, impondo índices e sistemas de amortização, pelo tão só fato de ter a execução contratual se tornado mais onerosa. 5. Apelação desprovida. (TRF-2ª Região – Apelação Cível 200551010232833, Rel. Des. Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Data de Julgamento: 25/06/2013, 5ª Turma Especializada, Data de Publicação: 08/07/2013).

Por outro lado, é possível encontrar precedente jurisprudencial que tutela os direitos sociais com efetividade. Trata-se de aresto do STJ em que se discutia a tutela do direito à saúde, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul - foi solucionada pelo Tribunal *a quo* à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*: “[...] O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância,

40 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 752-753.

a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art. 6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles.

No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: ‘São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez à íntima vinculação entre os direitos à saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in A eficácia dos direitos fundamentais, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302).

Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária.

Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.[...] Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p. 1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex*

*imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito.

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

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.

Cumprido 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. [...]

(REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314).

Com efeito, o cerne do regime jurídico dos direitos sociais, culturais e econômicos reside na sua ligação com o princípio da igualdade, de modo que todos tenham acesso não apenas aos direitos de proteção, mas também de igual oportunidade para obtenção dos direitos sociais, como moradia, saúde, informação, pleno emprego, como dimensão social de bens jurídicos, como inviolabilidade do domicílio, integridade física, liberdade de expressão e liberdade laborativa.

## 5. ATIVISMO JUDICIAL E MORADIA: UMA PROPOSTA EFETIVA DE TUTELA

A ideia do ativismo judicial está ligada a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais, interferindo no espaço de atuação dos demais Poderes ou pela mera ocupação de espaços vazios. Acerca do tema, bem esclarece Luís Roberto Barroso:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do



Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a *autoconterção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autoconterção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.<sup>41</sup>

O tema da tutela judicial do direito à moradia coloca, de maneira muito nítida, o juiz frente ao dilema de atuar como agente de transformação social ou de simples solucionador de conflitos de interesses.

Como solucionar uma demanda individual, na qual uma família em estado de miserabilidade, postula, via Defensoria Pública, a concessão de uma moradia digna, por parte do Poder Público? Se essa família possui crianças em tenra idade, idosos, pessoas com deficiência física ou mental? Se essa família simplesmente não mora, pois vive na rua, em estado de vulnerabilidade?

Qual magistrado, em sã consciência, pode julgar improcedente uma demanda como essa? E se julgar procedente, para que fim? De que modo é possível proteger referida família? Incluí-la na fila do programa habitacional tal ou qual? Colocá-la em um abrigo provisório seria a saída adequada?

A tutela judicial surge, no presente caso, da emergência da situação e a tutela do denominado ‘mínimo existencial’, assim entendido como a delimitação de um grupo reduzido de direitos fundamentais formado pelos bens mais básicos e essenciais à uma vida digna, dos quais um ‘teto decente sobre a cabeça’ certamente faz parte.

A teoria do mínimo existencial, criada pela doutrina alemã, identifica um grupo reduzido de direitos fundamentais conformado pelos bens mais básicos, vitais e essenciais à uma vida digna. De acordo com Luís Roberto Barroso, o mínimo existencial

expressa o conjunto de condições materiais essenciais elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado.<sup>42</sup>

Note-se que no Brasil existem dois posicionamentos acerca ao conteúdo do mínimo existencial. De um lado Ricardo Lobo Torres sustenta que não existe um conteúdo definido, variando de acordo com as contingências de tempo e lugar;<sup>43</sup> de outro lado, Ana Paula Barcellos sustenta que o mínimo existencial abarca os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência em caso de necessidade e ao acesso à justiça.<sup>44</sup>

O conteúdo do mínimo existencial, porém, à luz da dignidade humana, não passa pelo direito à moradia, já que o ser humano precisa, necessariamente, morar em algum lugar? Ora, o mínimo não pode ficar, apenas, no aspecto da sobrevivência fisiológica, pois merece uma proteção mais ampla, formada por um conjunto de acessibilidades mínimas à alimentação, à saúde, à moradia, à educação básica, à assistência e ao vestuário. Nesse sentido, o mínimo existencial deveria converter-se em *mínimo social*. Nesse sentido, o autor português Jorge Reis Novais sustenta que o mínimo social surge como garantia do conteúdo essencial dos direitos sociais:

41 BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 246-247.

42 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 202.

43 TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, p. 356, 2003.

44 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 305.

Verifica-se, então, que na busca de critérios para delimitação de um mínimo social, já não reduzido apenas ao limiar da sobrevivência digna em cuja garantia se esgoraria todo o conteúdo normativo dos direitos sociais, se desenvolve todo um conjunto de tentativas teóricas que, no fundo, mesmo quando não o assumem, reproduzem no domínio dos direitos sociais a mesmas preocupações e mesma lógica que, no domínio dos direitos de liberdade, vem associada à discussão travada de há várias décadas sobre os critérios de fixação da chamada garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O mínimo social, entendido como aquele núcleo indisponível pelo legislador e imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível, constituiria, tanto para os Autores que o reconhecem expressamente, quanto para os que não remetem para tal conceito, o núcleo essencial de cada direito social.<sup>45</sup>

Albert Einstein dizia que “se à primeira vista a ideia não for absurda, não há esperança para ela”!

Eis a resposta para a questão formulada acima e aí reside a ideia, absurda para muitos juristas e juízes: o magistrado deverá condenar o Poder Público a fornecer, em um prazo razoável, uma moradia digna para aludida família ou em casos assemelhados. O magistrado deve, sim, fazer uma análise minuciosa no orçamento público municipal (ou distrital) e indicar de qual rubrica sairá o recurso necessário. Se, justificamente, o orçamento não for suficiente, passará a análise do orçamento estadual ou federal, nessa ordem. O gasto com publicidade, por exemplo, pode ser um alvo prioritário. Daí resulta a efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação do direito fundamental social à moradia digna.

No tocante à disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que conserva correlação com a definição das prioridades na distribuição das receitas públicas, não se pode olvidar que uma família em estado de miserabilidade, de extrema vulnerabilidade, possui prioridade em relação aos demais, inexistindo, portanto, qualquer ofensa à luz da igualdade.

Por fim, parece-nos que inexistente, a priori, motivo justo e objetivamente verificável a acolher a reserva do possível em detrimento do mínimo existencial (ou social), pois há proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, bem como enorme razoabilidade na pretensão individual do direito perante ao Estado.

Para longe de todas as teorias jurídicas, é fato incontestável que existe enorme déficit habitacional do Brasil, que possui uma gigantesca população vivendo em moradias subnormais ou precárias. É fato, também, que as políticas públicas habitacionais não vem reduzindo substancialmente referido déficit. E a emergência da situação fática não pode esperar a boa vontade da Administração Pública ou o bom senso do legislador em alocar quantia suficiente para a política habitacional.

Qual o risco do ativismo judicial sugerido? O risco que ocorram distorções, que pessoas sem consciência social judicializem sua postulação em prejuízo de outros, realmente necessitados. É possível e, infelizmente, é provável que isso ocorra no Brasil. Ainda assim, seria melhor a judicialização da política pública habitacional, tal como ocorreu com a saúde (com o fornecimento de remédios de alto custo, por exemplo), do que continuar o estado atual de coisas, com milhares de pessoas (cidadãos?) vivendo nas ruas ou em moradias precárias (favelas, cortiços etc.).

Só assim, o indivíduo exigirá do Estado atuações positivas a seu favor, por meio da oferta de bens e serviços, dando efetividade e eficácia necessárias ao *status* positivo ou *civitas*, proposto pela Teoria dos Quatro *Status* de Jellinek.<sup>46</sup>

45 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: Coimbra, 2010. p. 200.

46 Sob a ótica da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica, de acordo com Georg Jellinek: a) *status passivo ou subjectionis* – o indivíduo aparece em posição de subordinação ao Estado, que lhe impõe mandamentos e proibições; b) *status negativo* – o Estado não se intromete em algumas escolhas do indivíduo, permitindo um espaço de liberdade de atuação; c) *status positivo ou civitas* – o indivíduo aparece em situação de exigir do Estado atuações positivas a seu favor, por meio da oferta de bens e serviços; d) *status ativo* – o indivíduo aparece com competência para influenciar a formação da vontade do Estado, por meio dos direitos políticos, principalmente pelo direito ao sufrágio. In: JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Trad. De Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981. p. 306 e ss.

## 6. CONCLUSÃO

Os tribunais pátrios pouco interferem em políticas públicas habitacionais ou na proteção ao direito fundamental à moradia.

Estamos, porém, no ano de 2014! Daí a emergência de se fazer uma radical mudança da forma do pensamento jurídico acerca dos direitos sociais, dentre eles o direito à moradia digna.

Com efeito, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República do Brasil (art. 1º, III), constitui a regra matriz dos direitos fundamentais e núcleo essencial do constitucionalismo contemporâneo.

O Poder Judiciário apenas dará efetividade ao direito à moradia adequada quando superar a ideia de que o magistrado é um simples solucionador de conflitos de interesses e não um agente de transformação social.

Assim, sugere-se aos membros do Poder Judiciário, do qual me incluo, que, em casos emergenciais de vulnerabilidade extrema, seja concedido provimento jurisdicional mandamental obrigando o Poder Público a conceder uma moradia digna à determinada família, em prazo razoável, indicando a rubrica orçamentária na qual recairá a despesa necessária.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Ministério das Cidades. *Deficit habitacional no Brasil 2008*. Secretaria Nacional de Habitação. Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Brasília: Ministério das Cidades, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DIAS, Daniella S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Eletrônica do CEAF*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, pp. 1-15 out. 2011/jan. 2012.
- FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GARGARELLA, Roberto (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávilla, 2005.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- LE CORBUSIER. *Planejamento urbano*. Trad. Lúcio Gomes Machado. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O direito das favelas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.

- NAIME, Jéssica. *A política de habitação social no governo Lula: dinâmicas e perspectivas*.: Seminário nacional : governança urbana e desenvolvimento metropolitano, Anais, Natal: UFRN, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: Coimbra, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental a moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 20, pp. 1-46, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004.
- SAULE JUNIOR, Nelson. *Observatório da Habitação da Cidade de São Paulo como Instrumento de Controle Social*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), Santiago Chile: ONU, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, p. 356, 2003.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário**

**Judicial Activism and the Right to Health: judicialization of public policies of health and the impacts of judicial activism on Judiciary Branch**

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

# Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário\*

## Judicial Activism and the Right to Health: judicialization of public policies of health and the impacts of judicial activism on Judiciary Branch

Fernanda Tercetti Nunes Pereira\*\*

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o ativismo judicial na efetivação do direito constitucional à saúde em confronto com o delineamento das políticas públicas de saúde e do planejamento das ações governamentais, ambos e competência do Poder Executivo, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988. Os governos dos entes da federação dispõem de instrumentos de planejamento de suas ações, cuja previsão, procedimentos e requisitos de elaboração também constam na Carta Magna. Um deles é a Lei Orçamentária Anual, que congrega as receitas (ingressos de recursos) e as despesas (saídas de recursos) públicas para um período de um ano. Observa-se, no entanto, um crescente número de decisões judiciais que determinam ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, em demandas individuais contra os entes da federação, prevendo, inclusive, multas pelo descumprimento. Isso enseja a imposição de gastos não contemplados no planejamento das ações governamentais, o que acarreta desequilíbrios nas contas públicas, além de desorganizar a atuação administrativa. Em última análise, essa postura ativista exacerbada do Poder Judiciário gera impactos negativos na condução das políticas públicas de saúde, além de comprometer o princípio da separação dos poderes.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Poder executivo. Planejamento governamental. Ativismo judicial. Separação dos poderes.

### ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the judicial activism related to the constitutional right to health together with the Executive Branch's constitutional competence to create public policies of health and to plan governmental actions. Each Political Entity in the Brazilian Federalism makes use of planning instruments, reckoned in the Federal Constitution, to elaborate their plan of governmental actions. One of these instruments is the Annual Budget Law, which forecasts every public incomes and expenses for a

\* Artigo convidado.

\*\* Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília - UnB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Membro docente do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC/UniCEUB. Servidora Pública lotada no Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior no cargo de Analista Técnico Administrativo.

whole year in order to develop governmental actions planned. However, there is an increasing number of judicial decisions compelling the Executive Branch to grant medicines and medical treatments on individual lawsuits. This reality may threaten the government's budget since the Judiciary Branch imposes unforeseen expenses on the Executive Branch's planning. Therefore, it can be inferred that excessive judicial activism can lead to a negative impact on the execution of public policies of health and produce harmful effects on the principle of the separation of powers.

**Keywords:** Right to health. Executive branch. Governmental planning. Judicial activism. Separation of powers.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar aspectos da judicialização das políticas públicas de saúde e a sua efetivação por meio de recorrentes decisões judiciais e os impactos negativos sobre as contas públicas, bem como sobre a atuação do Poder Executivo na condução dessas políticas, e em última análise, sobre os riscos de quebra do princípio da separação dos poderes.

O Poder Executivo atua junto à sociedade por meio de políticas públicas, cujos recursos para sua implementação são previamente planejados e delineados nas Leis Orçamentárias Anais, com base no juízo de discricionariedade do administrador público, aprovadas pelo Poder Legislativo. No caso das políticas públicas de saúde, os recursos são provenientes dos orçamentos da seguridade social de cada ente da Federação, conforme determina a Constituição Federal.

As decisões judiciais exaradas no intuito de efetivar o direito à saúde de demandantes individuais, contemplando o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, podem ser danosas quando não são considerados os impactos que podem causar nos orçamentos e na organização dos serviços públicos de saúde podem ser danosas.

Não se busca, neste trabalho, de maneira alguma, condenar a postura ativista do judiciário, e sim alertar para a necessidade de que essa atuação do Poder Judiciário se dê de maneira razoável, considerando as implicações que suas decisões podem ter na seara administrativa, cuidando para não invadir a esfera de competência do Poder Executivo, o que representa, em última análise, uma ameaça ao princípio da separação dos poderes.

## 2. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde na categoria dos direitos sociais, disposto logo no artigo 6º de seu texto, logo início do Capítulo II<sup>2</sup>. Os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais, têm por base o reconhecimento de desigualdades entre as pessoas, o que declama do Estado prestações positivas no intuito de proporcionar uma igualdade social.<sup>1</sup>

Cabe ressaltar que a Carta Política, no artigo 194, dispôs que o direito à saúde, assim como à previdência e à assistência social serão assegurados pela seguridade social compreendida como um conjunto interligado de ações dos Poderes Públicos e da sociedade.<sup>2</sup> Mais adiante, o artigo 195 determina que toda a sociedade, de forma direta e indireta, deverá financiar a seguridade social será financiada por toda a sociedade, por meio

1 MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 52.

2 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 194, *caput*.

de recursos consignados nos orçamentos de cada ente da federação e, também, por recursos provenientes de contribuições sociais.<sup>3</sup>

Ao tratar especificamente sobre o direito à saúde, a Carta Política dispõe no artigo 196 que:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e **dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”<sup>4</sup> (Grifo nosso)

Assim, verifica-se que “[...] a saúde é direito subjetivo de todos os indivíduos e há de ser prestada pelo Estado”<sup>5</sup> e, além disso, “[...] deverá ser garantido aos seus titulares mediante políticas públicas sociais e econômicas”<sup>6</sup>. Nessa linha, o artigo 198 da Carta prevê que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”<sup>7</sup>, devendo esse sistema ser estruturado conforme as diretrizes da descentralização — porém com direção única em cada esfera de governo —, do atendimento integral e da participação da comunidade.<sup>8</sup>

Sob essas disposições constitucionais foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS, custeado conforme as regras de financiamento da seguridade social dispostas no artigo 195 da Lei Fundamental, e precipuamente com recursos oriundos dos orçamentos da seguridade social a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>9</sup>. O parágrafo segundo do artigo 198 prevê que todos os entes da federação deverão aplicar, anualmente, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais sobre certas fontes de receitas em ações e serviços públicos de saúde, percentuais esses a serem estabelecidos por Lei Complementar.

Vislumbra-se que, ao tratar do direito à saúde, a Lei Fundamental consignou a sua efetivação à implementação de políticas públicas, a serem custeadas com recursos oriundos do orçamento da seguridade social. Para uma melhor compreensão do tema, faremos uma breve análise, em linhas gerais, sobre o planejamento das ações governamentais e a dinâmica dos recursos para fazer face à implementação de políticas públicas.

### 3. O PLANEJAMENTO DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Conforme visto anteriormente, o artigo 196 da Constituição Federal determina que a saúde, direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida por meio de políticas públicas sociais e econômicas.

Albuquerque et al explicam que a atuação estatal se dá por intermédio da apropriação dos recursos e distribuição da riqueza e que o planejamento das ações do Estado, como meio e intervir na sociedade ou na economia, pode ser estruturado de diferentes maneiras.<sup>10</sup> Entende-se por planejamento “[...] o conjunto de ações desenvolvidas, de forma sistemática e continuada, com o objetivo de selecionar os meios disponíveis mais adequados para a realização de resultados definidos previamente do modo mais eficiente.”<sup>11</sup>

3 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 195, *caput*.

4 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 196, *caput*.

5 MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 53.

6 MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

7 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 198, *caput*.

8 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. incisos I, II e III.

9 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 198, § 1º.

10 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 115.

11 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas*



Segundo o Professor Glauber Mota, o instrumento por meio do qual se materializa um planejamento, estabelecendo-se de maneira discriminada as fontes e aplicações de recursos, é o orçamento.<sup>12</sup> Na seara pública, o governo planeja as suas ações consignando-as no orçamento público, que é, em síntese, é um documento que dá autorização para se receber e gastar recursos financeiros.<sup>13</sup> Nas palavras do autor, o orçamento público é um ato normativo:

“[...] que estabelece um conjunto de ações a serem realizadas, durante um período de tempo determinado, estimando o montante das fontes de recursos a serem arrecadados pelos órgãos e entidades públicas e fixando o montante de recursos a serem aplicados pelos mesmos na consecução dos seus programas de trabalho, a fim de manter ou ampliar os serviços públicos, bem como realizar obras que atendam as necessidades da população.”<sup>14</sup>

Explicam Albuquerque et al que a Constituição Federal de 1988 – CF/88 instituiu o Plano Plurianual – PPA como instrumento de planejamento definidor dos objetivos, diretrizes e metas da Administração Pública Federal para o período de quatro anos, que compreende todos os recursos do Estado, organizando o gasto de maneira a gerar os melhores resultados possíveis<sup>15</sup>. Essa organização dos gastos se dá por meio de programas, que se concretizam por meio de ações; ambos os programas e as ações são detalhamentos do PPA<sup>16</sup>.

Ademais, a CF/88 instituiu, também, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, que estabelece, dentre os programas do PPA, quais terão prioridade na programação e execução do orçamento, bem como disciplina a elaboração e a execução dos orçamentos.<sup>17</sup> Nesse sentido, Mota assim esclarece:

“Quando a lei de diretrizes orçamentárias define **prioridades e metas da administração pública federal** está elegendo, dentro do leque de centenas de programas aprovados no plano plurianual, aqueles que devem ter prioridade de execução sobre os demais, além de estabelecer a meta física para o exercício financeiro.”<sup>18</sup>

Outro instrumento de planejamento é a Lei Orçamentária Anual – LOA, tida como a “[...] expressão monetária dos recursos que deverão ser mobilizados, no ano específico de sua vigência, para execução das políticas públicas e do programa de trabalho do governo”.<sup>19</sup> Em outros termos, “[...] é o orçamento que garante o gerenciamento anual das origens e aplicações de recursos, é nele que se definem os montantes de recursos como serão aplicados pela administração pública”<sup>20</sup>. Assim, a LOA é a lei que vincula o instrumento de planejamento que contém a previsão das receitas (origem dos recursos) a serem arrecadadas no exercício financeiro, bem como a fixação das despesas (aplicações dos recursos) a serem gastas ao longo do ano a que se refere. Isto permite que sejam verificados “[...] quais ingressos financeiros podem ser inseridos na lei de orçamento como fonte de recursos para dar cobertura aos dispêndios financeiros.”<sup>21</sup>

---

de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 114.

12 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

13 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

14 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

15 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIOS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 127-128.

16 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 23.

17 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIOS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 163.

18 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 26.

19 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIOS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 190.

20 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIOS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 189.

21 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 18.

A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar as finanças públicas, traz diversos artigos sobre a matéria, estabelecendo no artigo 165 que os instrumentos de planejamento aqui mencionados, quais sejam o PPA, a LDO e a LOA, são leis de iniciativa do Poder Executivo<sup>22</sup>. Vale ressaltar que, sendo leis, vinculam toda a atuação administrativa, dado o princípio constitucional da legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Lei Fundamental. Celso Antônio Bandeira de Mello entende a expressão *legalidade* como “[...] conformidade à lei e [...] normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricão.”<sup>23</sup> Na visão do administrativista, a Administração está vinculada não só à lei em sentido estrito, mas também a outros normativos que venham a ser editados, decorrentes das leis, pela própria Administração para regular os procedimentos para a efetivação das leis.<sup>24</sup>

Retornando-se à disciplina constitucional das finanças públicas, o § 9º desse mesmo artigo 165 estabelece que Lei Complementar disporá sobre os procedimentos de elaboração e organização desses instrumentos de planejamento. No entanto, até o presente momento esta Lei não foi elaborada e, desse modo, o § 2º, do artigo 35, do Ato das Disposições Transitórias – ADCT determinou os prazos para encaminhamento desses Projetos de Lei ao Poder Legislativo.

Após o encaminhamento dos projetos de lei relativos ao PPA, à LDO e à LOA por parte do Poder Executivo ao Poder Legislativo, informa o artigo 166 da Constituição Federal que eles serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. Após a apreciação, são devolvidos para sanção presidencial, considerando-se os prazos estabelecidos no § 2º do artigo 35 do ADCT.

A doutrina esclarece que essas leis que veiculam o planejamento das ações governamentais, em especial a Lei Orçamentária Anual, devem seguir certos princípios previstos na legislação, com o intuito de estabelecer “[...] parâmetros gerais para elaboração e execução do orçamento.”<sup>25</sup> Para os fins deste trabalho, interessa conhecer brevemente o teor dos princípios da especificação e do equilíbrio.

Pelo princípio da especificação impõe-se que as aplicações de recursos, ou seja as despesas, sejam consignadas no orçamento de forma detalhada, evitando-se assim que haja autorizações de despesas globais. Assim, a classificação das despesas deve apresentar “[...] um nível de desagregação tal que facilite a análise por parte das pessoas, de tal forma que se possa saber, de forma detalhada, a origem dos recursos e sua aplicação”<sup>26</sup> Esse princípio se verifica no parágrafo 1º do artigo 15 da Lei nº 4.320/64, um dos normativos que disciplina, em âmbito infraconstitucional, as finanças públicas:

“ Art. 15. Na Lei de Orçamento a discriminação da despesa far-se-á *no mínimo* por elementos.

§ 1º Entende-se por elementos o desdobramento da despesa com pessoal, material, serviços, obras e outros meios de que se serve a administração pública para consecução dos seus fins.”<sup>27</sup>

Na visão do Professor Glauber Mota, a especificação das despesas permite que haja “[...] um maior controle pormenorizado acerca da execução do orçamento”<sup>28</sup>, além de contribuir para uma maior transparência dos gastos públicos, dado que permite uma verificação mais clara e específica de cada despesa.

22 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 165 e incisos.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 76.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

25 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 29.

26 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 197.

27 BRASIL. Presidência da República. Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 mar. 1964, Seção 1.

28 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 32.

Já o princípio do equilíbrio prevê, em linhas gerais, que o valor das despesas fixadas no orçamento não deva ultrapassar o valor das receitas nele previstas para arrecadação no exercício financeiro em questão.<sup>29</sup> Representa, em verdade, importante mecanismo de controle dos gastos do Poder Público, bem como da dívida pública.<sup>30</sup>

Retornando às considerações os instrumentos de planejamento das ações governamentais, especificamente sobre as ações para promoção do direito à saúde, verificou-se que esse direito será assegurado pela seguridade social. Pois bem, o § 5º, do artigo 165 da Carta Política dispõe que a Lei Orçamentária Anual se subdivide em três orçamentos:

“§ 5º – A lei orçamentária anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III – o **orçamento da seguridade social**, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.”<sup>31</sup> (Grifo nosso)

Portanto, a seguridade possui um orçamento específico, em que são consignadas as origens de recursos (receitas) e as aplicações desses recursos (despesas) para a execução das ações voltadas à promoção da saúde, da previdência e da assistência social.

Verifica-se que esses instrumentos, responsáveis por nortear a atuação administrativa no sentido da consecução dos programas de governo, são o produto de um planejamento decidido politicamente pelo Poder Executivo, que propõe os projetos dessas leis, e pelo Poder Legislativo, que os aprecia e os restitui ao Poder Executivo para sanção presidencial. Portanto é um ato normativo de cunho político-administrativo desses dois Poderes. Ressalta-se que cada ente federativo deve elaborar os seus instrumentos de planejamento. Sendo assim, a União, os Estados, os Municípios e do Distrito Federal possuem, cada um, as suas Leis Orçamentárias Anuais. Logo, cada ente tem o seu orçamento da seguridade social.

#### 4. O DIREITO À SAÚDE NA ARENA JUDICIAL

Atualmente, na questão do direito à saúde, verifica-se um grande número de ações ajuizadas nos diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, buscando tutela jurídica para o fornecimento de medicamentos, para o tratamento de doenças, para a realização cirúrgicas, dentre outros.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, no AgRg em Recurso Especial nº 1.291.883 – PI<sup>32</sup>, no qual a União havia agravado contra o Ministério Público Federal em face de decisão do STJ que entendeu ser “[...] possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para o fim de obrigá-la

29 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 200.

30 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 34.

31 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. Art. 165, § 5º e incisos.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. *AgRg no Recurso Especial n. 1.291.883-PI*. Segunda Turma. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP\\_1291883\\_PI\\_1372867200525.pdf?Signature=200N7WYsOiZvp9YEwX4%2B47RkRGc%3D&Expires=1409428469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=56e4ca398152717bb458bb53ed47c0c8](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1291883_PI_1372867200525.pdf?Signature=200N7WYsOiZvp9YEwX4%2B47RkRGc%3D&Expires=1409428469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=56e4ca398152717bb458bb53ed47c0c8)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

ao fornecimento de medicamento a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida, podendo, inclusive, ser fixada multa cominatória para tal fim, ou até mesmo proceder-se a bloqueio de verbas públicas.” O agravo interposto fora indeferido.

O relator, Ministro Castro Meira, trouxe em seu voto diversos precedentes do próprio Tribunal, dentre os quais:

“4. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, **a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.**”

5. Recurso especial parcialmente provido (REsp 840.912/RS, Rel. Ministro TEORIALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 23/4/2007, p. 236).

[...]

3. **A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.**

4. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, **pode fixar as astreintes contra a Fazenda Pública, com o objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado.**

5. Recurso especial conhecido em parte e improvido (REsp 904.204/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 1º/3/2007, p. 263).” **33** (grifo nosso)

O Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, ao julgar o Agravo de Instrumento, interposto em face de decisão de primeira instância que determinou ao Jundiá/SP o fornecimento de medicamentos para tratamento da Diabetes Mellitus Tipo 2 ao autor da ação, portador da doença. O Município agravante alegou que os recursos que ingressam no Município se destinam ao tratamento de doenças específicas “[...] e que quando a Prefeitura é obrigada a custear tratamento de competência hierárquica do Estado, está, na verdade, se utilizando de verba que no futuro irá fazer falta, dificultando o tratamento digno daqueles que necessitarem.”<sup>34</sup>

No julgamento do Agravo, esse Tribunal destacou a responsabilidade solidária dos entes federativos na efetivação do direito à saúde e, quanto à alegação do Município de insuficiência de recursos:

“A questão da impossibilidade de meios, ou seja, de recursos para custeio desse encargo só poderia ser conhecida diante da inexistência absoluta deles, que não é o caso dos autos, nenhuma alegação e muito menos demonstração existindo para justificar essa hipótese. Padronização de fornecimento generalizado desses insumos pelo SUS e outras maneiras de acesso são procedimentos de ordem administrativa que embora tenham pertinência com o resultado efetivo no atendimento da população em geral, não elidem o caso concreto, sendo especialmente particulares as suas circunstâncias.”<sup>35</sup>

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. *AgRg no Recursos Especial n. 1.291.883-PI*. Segunda Turma. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP\\_1291883\\_PI\\_1372867200525.pdf?Signature=200N7WYsOiZvp9YEwX4%2B47RkRGc%3D&Expires=1409428469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=56e4ca398152717bb458bb53ed47c0c8](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1291883_PI_1372867200525.pdf?Signature=200N7WYsOiZvp9YEwX4%2B47RkRGc%3D&Expires=1409428469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=56e4ca398152717bb458bb53ed47c0c8)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

34 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AI n. 0122772-14.3013.8.26.0000*. Quarta Câmara da Seção de Direito Público do TJSP. Agravante: Prefeitura Municipal de Jundiá. Agravado: Claudio Capeletto. Relator: Des Paulo Barcellos Gatti. São Paulo, 29 julho 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP\\_AI\\_01227721420138260000\\_0df9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1I1Y%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_01227721420138260000_0df9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1I1Y%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

35 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AI n. 0122772-14.3013.8.26.0000*. Quarta Câmara da Seção de Direito Público do TJSP. Agravante: Prefeitura Municipal de Jundiá. Agravado: Claudio Capeletto. Relator: Des Paulo Barcellos Gatti. São Paulo, 29 julho 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP\\_AI\\_01227721420138260000\\_0df9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1I1Y%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_01227721420138260000_0df9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1I1Y%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Muitos Tribunais são partidários do mesmo entendimento sobre a solidariedade dos entes federativos na prestação de obrigações relacionadas ao direito à saúde, bem como o descabimento de alegações de restrições orçamentárias. A exemplo, o julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0394.13.010441-4/001, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O recurso foi interposto em face de decisão de primeira instância da Comarca de Manhuaçu/MG que determinou o fornecimento de medicamento, em caráter liminar, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais). O Município agravante alegou que:

“[...] a caixa do medicamento supra citado, com 28 (vinte e oito) comprimidos, custará aos cofres públicos R\$ 10.692,64 (dez mil seiscentos e noventa e dois reais e sessenta e quatro centavos) apesar de não garantir a cura da moléstia, sendo apenas um paliativo. Alega que o Município não está obrigado a disponibilizar medicamentos que não se encontrem inseridos dentro da relação básica do SUS, sobretudo quando inexistir comprovação da eficiência do fármaco prescrito e quando restar comprometido o orçamento municipal, pois que o valor do medicamento objeto da decisão guerreada daria para custear 139 (cento e trinta e nove) pessoas. [...] Informa que medicamentos especiais ou que não constem da Farmácia Básica e do Remume, como é o caso dos autos, devem ser fornecidos diretamente pelo Estado em solidariedade com o Ministério da Saúde, sendo de sua competência e atribuição o financiamento destas ações de saúde inexistindo, portanto, obrigação a ser cumprida pelo Município de Manhuaçu.”<sup>36</sup>

O TJMG, em sua decisão indeferiu o recurso, não se manifestando sobre a alegação do Município sobre os impactos orçamentários decorrentes do fornecimento do aludido medicamento. Por outro lado, o Tribunal destacou a solidariedade entre os entes federativos na efetivação o direito à saúde:

“No que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e da União. E, tratando-se de responsabilidade solidária, a parte necessitada não é obrigada a dirigir seu pleito a todos os entes da federação ou a determinado ente específico, podendo direcioná-lo àquele que lhe convier. A relação obrigacional que conduz à legitimação do requerido decorre da previsão do art. 23, II, da Constituição Federal, que, como visto, estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública. [...] O serviço deve ser prestado por todas as esferas da federação, cumprindo aos responsáveis atuar em regime de colaboração e cooperação.”<sup>37</sup>

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT enfrentou questão envolvendo a temática, a qual originou-se de ação de rito ordinário com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por particular em face do Distrito Federal, visando “[...] obrigar o réu a internar o autor em UTI, com suporte neurocirúrgico na rede pública e na falta desta, em UTI da rede privada e, nesse caso, a arcar com as despesas médicas e hospitalares decorrentes de sua internação.”<sup>38</sup> O pedido de antecipação de tutela foi deferido em primeira instância “[...] para determinar ao DF que internasse o autor em UTI, em Hospital Público ou Particular conveniado à rede pública, na ausência de vagas nas unidades da Secretaria de Estado de Saúde, ofertando-lhe atendimento integral.”

sKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4>. Acesso em: 29 ago. 2014.

36 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AI n. 0122772-14.3013.8.26.0000*. Quarta Câmara da Seção de Direito Público do TJSP. Agravante: Prefeitura Municipal de Jundiá. Agravado: Claudio Capeletto. Relator: Des Paulo Barcellos Gatti. São Paulo, 29 julho 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP\\_AI\\_01227721420138260000\\_0d9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1IY%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_01227721420138260000_0d9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1IY%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

37 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. *AI n. 1.0394.13.010441-4/001*. Quarta Câmara Cível. Agravante: Município de Munhaçu. Agravado: João de Paula Sathler. Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat. Minas Gerais, 20 fevereiro 2014. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG\\_AI\\_10394130104414001\\_4e39e.pdf?Signature=NqsBkG4HWtbzqze%2B%2FKCoA0UNh2E%3D&Expires=1409532977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eb5ac4b5ca393dfb684695d19b3ee489](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AI_10394130104414001_4e39e.pdf?Signature=NqsBkG4HWtbzqze%2B%2FKCoA0UNh2E%3D&Expires=1409532977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eb5ac4b5ca393dfb684695d19b3ee489)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

38 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito federal e Territórios. *Remessa de Ofício n. 20140110177689*. Terceira Turma Cível. Autor: Sérgio Murilo do Prado. Réu: Distrito Federal. Relator: Des. Alfeu Machado. Brasília, 25 agosto 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135836135/rmo-20140110177689/inteiro-teor-135836174>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Em sede de contestação, o DF alegou não ter havido violação do direito à saúde do autor e que “[...] a judicialização do tema envolvendo a internação em UTI vem gerando descontrole administrativo, assegura que muitas vezes ocorre ocupação dos leitos por paciente em situação menos crítica do que outros.” *Ipsis litteris*, o DF aduziu que:

“[...] as decisões judiciais específicas e pontuais privilegiam uns em detrimento de outros, muitas vezes em situações menos crítica, causando, assim, ofensa ao princípio da igualdade. Assevera que, em razão do orçamento limitado, é necessário eleger prioridades, com lastro nas principais necessidades da população local. Além disso, declara que em uma interpretação sistemática da **Constituição Federal** que erige princípios de equilíbrio orçamentário e atuarial e responsabilidade fiscal, conclui-se que o Estado deve garantir ao administrado o seu direito à saúde, mediante políticas públicas.”

O relator, monocraticamente, manteve a decisão inicial, colacionando lição de Pedro Lenza de que “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” Em sua decisão, o Desembargador decidiu que ao autor da ação:

“[...] assiste-lhe o direito, no exercício subjetivo público, à saúde que lhe é resguardado, devendo ser contemplado com internação em leito hospitalar da rede pública ou, se indisponível, da rede hospitalar privada a expensas do poder público, consoante ao disposto no artigo 207, inciso XXVI, da Lei Orgânica do Distrito Federal. Desse modo, constatada a necessidade da internação em UTI (fl.09) e a inexistência de vagas em hospitais da rede pública (fl.11), correta a deliberação do juízo a quo ao determinar a internação do autor em leito de UTI na rede pública de saúde do Distrito Federal, com suporte que atenda as suas necessidades, seja na rede conveniada, ou particular. Nesse diapasão, observa-se que a legislação é uníssona ao incumbir ao Poder Público Distrital a obrigação de dar atendimento médico à população, oferecendo àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com o seu tratamento o acesso efetivo à saúde, assegurando, assim, o que a Lei Orgânica do Distrito Federal expressamente afiança. A par disso, conquanto o direito à saúde trata-se de norma constitucional de caráter programático, é vedado ao Poder Público interpretá-la de modo a retirar sua efetividade, mormente diante de regulamentação efetivada pelo legislador infraconstitucional. [...] As constantes antecipações de tutela e suas confirmações posteriores deveriam ser levadas em consideração quando do planejamento dos orçamentos anuais direcionados à saúde, de maneira que não fosse necessária essa constante busca no judiciário por leito de UTI.”

O Tribunal Regional Federal da Terceira Região – TRF3, ao julga a Ação Civil Pública nº 29285-SP, movida em face da União, do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, solidariamente, visando o “[...] fornecimento gratuito e ininterrupto, aos portadores do vírus imunodeficiência humana (HIV) e doentes da síndrome da imunodeficiência humana — aids, de todos os medicamentos necessários ao seu tratamento, mesmo aqueles que não constarem da lista de fármacos fornecidos pelo SUS – Sistema Único de Saúde.”<sup>39</sup> Neste caso, a Terceira Turma o TRF3 assim decidiu:

“5 – Se o Estado deixar de agir ou agir de forma ineficaz para na prevenção ou reparação das lesões de tais direito, cumpre ao Poder Judiciário proceder à outorga da tutela, velando pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

6 – A ausência de previsão orçamentária em contraposição ao valor constitucional do direito à saúde, não prevalece, visto que na preponderância de tais valores, os princípios fundamentais do direito à vida e à saúde das pessoas se sobrepõe à regra de previsão orçamentária.”<sup>40</sup>

39 BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública. *Ação Civil Pública n. 29285-SP*. Terceira Turma. Relator: Des. Fed. Nery Junior. São Paulo, 20 junho 2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23556523/apelacao-civel-ac-29285-sp-0029285-1820014036100-trf3>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

40 BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública. *Ação Civil Pública n. 29285-SP*. Terceira Turma. Relator: Des. Fed. Nery Junior. São Paulo, 20 junho 2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23556523/apelacao-civel-ac-29285-sp-0029285-1820014036100-trf3>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Pela leitura desses julgados, verifica-se uma forte tendência de judicialização das políticas públicas de promoção à saúde, no âmbito de todos os entes da Federação. A seguir iremos tratar do tema da judicialização e do ativismo judicial.

## 5. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Barroso, no Brasil, certas questões de grande repercussão social ou política têm sido decididas pelo Poder Judiciário.<sup>41</sup> É o fenômeno da judicialização, que, segundo o autor, “[...] envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.”

O autor elenca três causas para o fenômeno: a redemocratização do país, tendo como emblema a promulgação da Constituição Federal de 1988, a tamanha abrangência da Constituição em temas de aglutinação de direitos em seu texto e a estruturação do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, que congrega aspectos dos sistemas americano e europeu.

Com a redemocratização, as garantias da magistratura foram recuperadas e o Poder Judiciário se investiu de um “[...] um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.”<sup>42</sup> Também, esse contexto democrático do pós militarismo trouxe novos ares à cidadania, permitindo uma maior circulação de informações na sociedade e uma conscientização dos direitos por parte dos cidadãos, que passaram, então, a reivindicar a proteção jurídica a seus interesses.<sup>43</sup>

Também, a Constituição de 1988 abarcou em seu texto “[...] inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.”<sup>44</sup> Explica o autor que quando um direito é disposto numa norma constitucional, se reveste de uma pretensão jurídica que pode ser reivindicada junto ao Judiciário, trazendo a matéria a debate no âmbito deste Poder do Estado.<sup>45</sup>

Com relação ao sistema de controle de constitucionalidade pátrio, que mescla aspectos dos sistemas americano e europeu, Barroso afirma que:

“[...] desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.”<sup>46</sup>

41 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 276.

42 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 276-277.

43 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 277.

44 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.

45 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.

46 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de

Quanto ao ativismo judicial, Barroso afirma que ele está intimamente relacionado com o fenômeno da judicialização, porém não possuem a mesma origem. Na visão do autor, ao contrário da judicialização – que “[...] é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou”<sup>47</sup>, o ativismo judicial “[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”<sup>48</sup>. No entender de Costa, o ativismo judicial “[...] é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos”<sup>49</sup>.

Brauner considera o ativismo judicial como “[...] uma forma intersubjetiva de interpretar a Constituição, expandindo, ou, até mesmo, restringindo o seu sentido e alcance.”<sup>50</sup> Para Barroso, o ativismo judicial geralmente se instala quando o Poder Legislativo se encontra retraído, configurando um hiato entre a sociedade civil e os representantes eleitos, criando barreiras ao atendimento efetivo das demandas sociais. Desse modo, “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”<sup>51</sup>

Moreira alerta para o fato de que, apesar da consagração do princípio democrático em nossa Constituição pátria, que teve o condão de emancipar politicamente o povo com a consagração do sufrágio universal, isso não foi suficiente para desenvolver a participação efetiva da sociedade, o que anuncia que a criação de instituições representativas não foi suficiente para uma democracia efetiva, que é, em essência, “[...] um exercício de aproximação; de diminuição de intervalos.”<sup>52</sup>

Nesse sentido, Dobrowolski é favorável à postura ativa dos órgãos judiciais, entendendo que, hodiernamente, o Judiciário deve exercer não só uma função jurídica e técnica, necessitando ter um papel ativo e “[...] inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos”<sup>53</sup>. Não obstante, alerta para o cuidado que se deve ter para que o Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, não usurpe funções constitucionalmente outorgadas aos Poderes Executivo e Legislativo. Em outras palavras, essa atuação alargada do Judiciário deve ocorrer sem que se transmute em um “governo de juizes”, devendo ser observadas a legislação e a separação dos poderes, do contrário “[...] não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos superpoderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas.”<sup>54</sup>

Segundo Barroso, o ativismo do Judiciário se revela por meio de diversas condutas, dentre elas:

“[...] (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva

Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 277-278.

47 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 279.

48 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.

49 COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60. p. 52.

50 BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLETT, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 597- 624. p. 617.

51 BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLETT, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 597- 624. p. 279.

52 MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 141-142.

53 DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 31, p. 92-101, dez. 1995. p. 99

54 DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 31, p. 92-101, dez. 1995.



violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”<sup>55</sup>

Com relação a essa última postura ativista do Judiciário, que é o que nos interessa para os fins deste trabalho, vimos anteriormente uma série de decisões judiciais impondo ao Poder Público a distribuição de medicamentos e tratamentos médicos.

Considerando-se o que foi exposto neste tópico, vislumbra-se que o Judiciário tem judicializado políticas públicas de saúde ao impor o fornecimento de medicamentos e tratamentos de doenças ao Poder Executivo, o que representa uma forte tendência ativista em seus julgamentos sobre a matéria.

## 6. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O LEVANTE ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO

Até este ponto, verificou-se que o direito à saúde foi inserido no rol dos direitos sociais, incumbindo o Poder Executivo de promovê-lo por meio de políticas públicas, a serem custeadas pelo orçamento da seguridade social, no âmbito de cada ente da Federação.

Analisou-se também a questão das finanças públicas, explanando, em linhas gerais, a dinâmica do planejamento dos recursos para implementação das ações governamentais, consubstanciada na elaboração de três instrumentos de planejamento: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), instrumentos consubstanciados em forma de lei que autorizam a execução de programas e a viabilização dos recursos para tal interim.

Com relação à LOA, que é o orçamento propriamente dito, sua elaboração é norteada pelas diretrizes, metas e objetivos traçados no PPA e na LDO e o escopo de consignar as previsões de arrecadação de receitas e a fixação das despesas para o ano em questão, sendo composta de três orçamentos: o fiscal, o de investimentos e o da seguridade social, este último contemplando programas e ações relacionados à saúde.

Desse modo, a atuação do Poder Executivo se dá por intermédio de políticas públicas, destrinchadas em programas e ações, sendo os ingressos e as saídas de recursos previamente determinados e autorizados por meio de Leis: PPA, LDO e LOA, e o caso das políticas públicas de saúde não é diferente.

Conforme foi visto em tópico precedente, diversas ações judiciais têm imposto ao Poder Executivo, nos diferentes níveis de governo, o fornecimento de medicamentos, inclusive em caráter liminar, e o tratamento de doenças, sob pena de multa em caso de descumprimento. Revela-se, pois, uma judicialização de uma questão afeta ao Poder Executivo: políticas públicas de saúde. Nesse sentido, aproveitamos o questionamento de Bork, apresentado por Leal: considerando a “[...] natureza, alcance e impacto político e econômico das decisões judiciais, estariam elas pautando políticas públicas e gestão de interesses coletivos que competiriam aos demais poderes instituídos?”<sup>56</sup>

Leal coloca que a relação entre política e direito é passível de harmonização, mas que é preciso perquirir “[...] quais os limites, a extensão e profundidade” da atuação do Judiciário, em outras palavras, “[...] a questão é em que medida a ação judicial incisiva sobre atos e comportamentos públicos e privados não exorbita dos quadrantes delimitadores de sua competência e invade a autonomia e independência das pessoas (físicas e jurídicas)?”<sup>57</sup>

55 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 279.

56 BORK, Robert H. *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*. Washington: AEI Press, 2006. apud LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

57 LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-

Os excertos das decisões judiciais vistas em tópico precedente permitem identificar uma intromissão do Poder Judiciário na execução do orçamento da seguridade social, a cargo do Poder Executivo. Em outras palavras, o Judiciário, ao impor a concessão de medicamentos e o tratamento de doenças a um indivíduo específico ignora as implicações de suas decisões nos orçamentos dos entes federativos, que, conforme se verificou em tópico específico, é uma lei planejadora dos ingressos e saídas de recursos para o período de um ano, autorizadora dos gastos públicos, que já têm finalidades previamente determinadas.

Ademais, não se pode olvidar o caráter vinculativo do orçamento, esclarecendo Carvalho que “As diversas disposições constitucionais, tais como os artigos 167 e 169, estabelecem todo o desenho das finanças públicas do ordenamento que deve ser respeitado, sob pena do colapso orçamentário estatal”.<sup>58</sup> Desse modo, a atuação do Poder Executivo está amarrada ao estabelecido nos instrumentos de planejamento que, consubstanciados em forma de lei, obrigam a sua observância quando da atuação estatal, em homenagem ao princípio constitucional da legalidade que rege a atuação administrativa.

O ativismo judicial verificado nessa e em outras decisões judiciais nos levaria a inferir, conforme bem colocou Carvalho, que os órgãos judiciais possuem técnicas adequadas para bem diagnosticar os casos verdadeiramente merecedores de uma tutela satisfativa de urgência, mas que, no plano fático, esta análise acurada, que deve ser feita caso a caso, “[...] demandaria uma atividade cognitiva e opinativa das ciências médicas, o que raramente acontece na seara jurídica.”<sup>59</sup> Além disso, o autor coloca que “[...] o Judiciário analisa tais pedidos sem ao menos exigir a prévia requisição pelas vias administrativas, esvaziando a Administração de exercer sua defesa em prol do interesse público.”<sup>60</sup>

Também, conforme aponta Barroso, nem sempre o juiz detém as informações, o tempo e o conhecimento necessário para avaliar as implicações de cada decisão proferida em demandas individuais sobre a prestação de um serviço público; tampouco é politicamente responsabilizado por eventuais escolhas desastrosas.<sup>61</sup> No entendimento de Carvalho,

“[...] verifica-se a granel que, com o mero recebimento da vestibular e juntada de parcos e superficiais relatórios médicos, a medida antecipatória é concedida. [...]. Sem falar nas imensas repercussões financeiras de uma decisão logo no início do processo, que, ao garantir o resultado final, dificilmente está passível de conversão ou restabelecimento do *status quo ante*. Este tipo de tutela tem o custo deveras alto, cuja concessão deveria ser, em tese, com mais parcimônia.”<sup>62</sup>

Nesse sentido, Barroso coloca que paralelamente às “intervenções necessárias e meritórias”<sup>63</sup>, há um grande número de decisões “[...] extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde”<sup>64</sup>, além de gerar uma “[...] desorgani-

americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

58 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 37.

59 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 27.

60 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 28.

61 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 287.

62 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 27.

63 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 287.

64 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 288.

zação da atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.”<sup>65</sup> Assim, o ônus dessas decisões judiciais ativistas voltadas para a promoção do direito à saúde fica todo para o Poder Executivo. Ainda segundo Carvalho,

“[...] a falta de critérios nestas concessões judiciais faz com que, na prática, a peça orçamentária no que tange à saúde torne-se mero exercício de futurologia, visto que a interferência das decisões judiciais passa a ser imprevisível até mesmo para o Administrador mais cauto.”<sup>66</sup>

Relativamente à questão orçamentária, conforme visto em tópico específico, a elaboração e a execução do orçamento deve obedecer a alguns princípios, dentre eles o da especificação — que reza que as despesas devam ser fixadas no orçamento de maneira detalhada, de forma a evidenciar melhor o objeto do gasto e conferir maior transparência às contas públicas — e o do equilíbrio, que determina que deve haver um equilíbrio entre os ingressos e as saídas de recursos consignados no orçamento, dentro do exercício financeiro ao qual se refere.

Pois bem, a imposição ao Poder Executivo de fornecer medicamentos e realizar tratamentos médicos, feita por meio de decisões judiciais em contendas individuais, onera demasiadamente os orçamentos dos entes federativos, impactando o equilíbrio inicialmente previsto no orçamento, tendo em vista que cada despesa tem a sua rubrica classificatória específica, que está atrelada a um gasto com determinada ação de governo.

Além disto, o princípio da especificação impede que se realize uma despesa com destinação específica em outro gasto. Desse modo, quanto maior o número de decisões judiciais impelindo o governo a efetuar gastos não previstos na LOA, inclusive com a previsão de multas pelo descumprimento da determinação, maior será o impacto negativo à gestão das contas públicas feita pelo Poder Executivo, tendo em vista que o orçamento da seguridade social se revelará cada vez mais insuficiente para fazer frente ao volume crescente de gastos imprevistos com saúde, decorrentes das decisões judiciais.

Isso contribui, em última análise, para um descompasso entre os ingressos e os dispêndios de recursos do orçamento da seguridade social, tangendo na observância do princípio do equilíbrio orçamentário. A situação do gestor público se agrava ainda mais pelo fato de que a ele só é permitido agir nos termos da lei, dado o princípio da legalidade que rege a atuação administrativa. Sendo o orçamento anual uma lei, assim como os demais instrumentos de planejamento da ação governamental, o administrador somente está autorizado a realizar os gastos consignados conforme a LOA.

Assim, retome-se o entendimento do Desembargador do TJDFT visto anteriormente, no qual parece fazer uma sugestão sobre o planejamento orçamentário do Distrito Federal: “As constantes antecipações de tutela e suas confirmações posteriores deveriam ser levadas em consideração quando do planejamento dos orçamentos anuais direcionados à saúde, de maneira que não fosse necessária essa constante busca no judiciário por leito de UTP”.

Não parece de bom alvitre que o Poder Judiciário intervenha no planejamento orçamentário, competência essa outorgada pela Carta Política ao Poder Executivo, com aprovação pelo Poder Legislativo. A elaboração dos orçamentos anuais segue as prioridades de governo estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano a que se refere, refletindo o juízo de discricionariedade do administrador público quando do estabelecimento delas. Corrobora a afirmação de Carvalho de que:

“[...] o Judiciário, muitas vezes, ignora a política pública vigente e outros aspectos extraprocessuais, atendo-se às questões meramente endoprocessuais, prejudicando sobremaneira a atuação do Executivo

65 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.

66 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 21.

na alocação das prioridades em matéria de política pública. Noutras vezes, ingere-se nas políticas públicas de forma errônea, obrigando a Administração a ajustar suas disponibilidades financeiras sem considerar o impacto que este ato pode ter em outras searas, inclusive em sede de direitos sociais.”<sup>67</sup>

O autor entende que, assim, “[...] o Judiciário acaba sendo acionado para tratar de questões sobre as quais não deveria se pronunciar, agindo como gestor dos recursos em virtude de sua escassez orçamentária, ‘judicializando’ as políticas públicas de saúde.”<sup>68</sup>

Com os argumentos exposto neste estudo não se pretende condenar a postura ativista do Poder Judiciário. Em verdade, é necessário reconhecer a sua importância para a concretização dos preceitos constitucionais, em especial os relativos a direitos fundamentais, para que não restem como letra morta, pois “[...] o Judiciário é, justamente, o Poder incumbido de trazer o equilíbrio para o sistema, impondo a fiel observância do ordenamento jurídico”.<sup>69</sup> Ademais, a própria Carta Magna prevê o ativismo judicial, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>70</sup>, reverenciando o princípio do acesso ao judiciário.

O que se intenta demonstrar é que essa atuação alargada do Judiciário deve ocorrer de maneira harmônica com os outros Poderes estatais, de modo que um não usurpe a função do outro. Para que isso ocorra, é necessário que o ativismo judicial leve em consideração os impactos que suas decisões podem causar na esfera de atuação dos outros Poderes e, no caso do direito à saúde, na administração e execução das políticas públicas e na organização das contas públicas, a cargo do Poder Executivo. Nesse sentido, Sampaio Júnior aborda que:

“[...] é cediço que os poderes Executivo e Legislativo possuem suas funções típicas delineadas em toda a Constituição e não deve o Poder Judiciário, de modo algum, sem qualquer tipo de instigação, querer resolver todos os problemas, principalmente os atinentes à legislação e à realização de políticas públicas como se fosse um salvador da pátria. Não é essa a função do Poder Judiciário e quando isso acontece estamos sim falando em arbitrariedade e isso também é inadmissível. Por outro lado, quando os outros Poderes, no exercício de suas funções típicas ou quaisquer outras, não obedecem aos comandos constitucionais, ao qual toda a atuação estatal está condicionada, deve necessariamente o Poder Judiciário, quando chamado para tal, analisar os atos e em caso de desconformidade com a Carta Magna, restabelecer os valores constitucionais, mesmo que para tanto acabe, de alguma forma, atuando em uma esfera política.”<sup>71</sup>

No caso do direito à saúde, o Judiciário, quando provocado, deve analisar as circunstâncias do caso concreto para verificar se houve ou não omissão estatal. Nesse sentido, Carvalho entende que se a política pública estiver implementada, não resta caracterizada a omissão que fundamenta a interferência do Poder Judiciário em sua implementação, “[...] no entanto, na ausência de políticas que garantam efetivamente o direito à saúde, caberia a atuação do Poder Judiciário.”<sup>72</sup>

Mesmo diante de uma eventual omissão do Poder Executivo em implementar políticas públicas, não fica o Judiciário autorizado a extrapolar a sua função típica e adentrar na função típica de outro Poder. Nas palavras de Costa:

67 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 33-34.

68 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 28.

69 PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. A responsabilidade do poder judiciário frente ao ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 115-134. p. 120.

70 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 5º, inciso XXXV.

71 SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 403-429. p. 407.

72 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 26.

“Embora a inércia do Estado nesses casos possa dar lugar ao uso de instrumentos jurídicos que supram essa inatividade [...], não pode essa inércia, por si só, servir de sustentáculo para uma subversão da separação de poderes, permitindo ao Judiciário substituir o administrador para fazer valer sua vontade em detrimento da vontade da Constituição.”<sup>73</sup>

Na visão da autora, o ativismo judicial exacerbado no julgamento de demandas que versam sobre direitos a serem efetivados por meio de políticas públicas, como é o caso das que versam sobre direito à saúde, “[...] traz ínsito o risco de se criar o Estado Jurisdicional, ou seja, um Estado de preponderância do Judiciário sobre os demais órgãos.”<sup>74</sup> Isso, em última análise, representa uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, no sentido em que o Poder Judiciário, na ânsia de realizar o controle da atuação do Poder Executivo, estaria ultrapassando a sua seara de atuação e adentrando no campo de atuação compelido a outro Poder.

## 7. CONCLUSÃO

As considerações levantadas ao longo deste trabalho permitiram identificar um fortalecimento e uma expansão da atuação do Poder Judiciário, fruto da redemocratização que teve como emblema a promulgação de uma Constituição recheada de direitos e garantias fundamentais. Isso permitiu o aumento da judicialização das questões, tendo em vista que os indivíduos passaram a ter maior consciência de seus direitos e dos meios para concretizá-los.

Ocorre que esse levante ativista, no caso do direito à saúde, tem se revelado um tanto exacerbado. Diversas decisões judiciais têm determinado ao Poder Executivo, nos diferentes níveis de governo, o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, sem considerar os impactos dessas decisões nos orçamentos da seguridade social dos entes federativos.

É importante reconhecer que a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos bem quistos numa sociedade, dado que refletem uma postura ativa do Poder Judiciário, o que permite o controle da atuação dos demais Poderes, trazendo harmonia à tripartição dos poderes. Porém, o problema se instala quando há uma extrapolação dessa postura ativista do Judiciário, invadindo o campo de atuação dos outros Poderes, como tem ocorrido no caso do direito à saúde.

A Constituição Federal incumbiu a efetivação desse direito ao Poder Executivo, por meio da implementação de políticas públicas, inclusive prevendo recursos da seguridade social para custeá-las. Porém, o Judiciário tem se usurpado de sua função e, por meio de decisões judiciais ativistas, judicializado as políticas públicas de saúde, determinando ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, sob pena de multas pelo descumprimento, gerando impactos negativos nos orçamentos dos entes federativos e desorganizando a atuação administrativa e as contas públicas.

Figura-se assim um ativismo judicial danoso, por deixar de considerar as repercussões de suas decisões na gestão das políticas públicas de saúde, a cargo do Poder Executivo dos entes federativos. Diante desse cenário, no caso das políticas públicas de saúde, alerta-se para a necessidade de o Poder Judiciário, mantendo a sua postura ativista, observe previamente os impactos que suas decisões podem causar na atuação do Poder Executivo, de forma a não pôr em risco a atuação governamental, invadindo competências do Poder Executivo, o que, em última análise, sinaliza uma ameaça ao princípio da separação dos poderes.

73 COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60. p. 57-58.

74 COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60. p. 53-54.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. *AgRg no Recursos Especial n. 1.291.883-PI*. Segunda Turma. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP\\_1291883\\_PI\\_1372867200525.pdf?Signature=200N7WYsOiZvp9YEWX4%2B47RkRGc%3D&Expires=1409428469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=56e4ea398152717bb458bb53ed47c0c8](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1291883_PI_1372867200525.pdf?Signature=200N7WYsOiZvp9YEWX4%2B47RkRGc%3D&Expires=1409428469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=56e4ea398152717bb458bb53ed47c0c8)>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública. *Ação Civil Pública n. 29285-SP*. Terceira Turma. Relator: Des. Fed. Nery Junior. São Paulo, 20 junho 2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23556523/apelacao-civel-ac-29285-sp-0029285-1820014036100-trf3>>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLET, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 597- 624.
- CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45.
- COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito federal e Territórios. *Remessa de Ofício n. 20140110177689*. Terceira Turma Cível. Autor: Sérgio Murilo do Prado. Réu: Distrito Federal. Relator: Des. Alfeu Machado. Brasília, 25 agosto 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135836135/rmo-20140110177689/inteiro-teor-135836174>>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 31, p. 92-101, dez. 1995.
- LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MEDEIROS. Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. *AI n.*

1.0394.13.010441-4/001. Quarta Câmara Cível. Agravante: Município de Munhaçu. Agravado: João de Paula Sathler. Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat. Minas Gerais, 20 fevereiro 2014. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG\\_AI\\_10394130104414001\\_4e39e.pdf?Signature=NqsBkG4HWtbzqqe%2B%2FKCoA0UNh2E%3D&Expires=1409532977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eb5ac4b5ca393dfb684695d19b3ee489](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AI_10394130104414001_4e39e.pdf?Signature=NqsBkG4HWtbzqqe%2B%2FKCoA0UNh2E%3D&Expires=1409532977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eb5ac4b5ca393dfb684695d19b3ee489)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. A responsabilidade do poder judiciário frente ao ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 115-134.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLETT, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 403-429.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AI n. 0122772-14.3013.8.26.0000*. Quarta Câmara da Seção de Direito Público do TJSP. Agravante: Prefeitura Municipal de Jundiá. Agravado: Claudio Capeletto. Relator: Des Paulo Barcellos Gatti. São Paulo, 29 julho 2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP\\_AI\\_01227721420138260000\\_0df9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1lIY%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4](http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_01227721420138260000_0df9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1lIY%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls**

The judicialization of public policy and individual subjective right to health, the Theory of Distributive Justice by John Rawls

Urá Lobato Martins



# A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls\*

## The judicialization of public policy and individual subjective right to health, the Theory of Distributive Justice by John Rawls

Urá Lobato Martins\*\*

### RESUMO

O artigo realiza uma análise crítica sobre a questão da judicialização das políticas públicas que versam sobre o direito à saúde. Para tanto, será feita revisão da literatura com a finalidade de demonstrar as correntes doutrinárias sobre as possibilidades de fruição de tal direito, bem como será feita uma análise crítica dos precedentes do Supremo Tribunal Federal dos últimos 05 anos sobre a questão da judicialização desse direito fundamental. Ao final, será demonstrado que o direito à saúde gera ao cidadão o direito subjetivo de pleitear, de maneira imediata, o custeio de um tratamento médico, bem como fornecimento de determinado medicamento, de acordo com a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Judicialização justiça Distributiva. Políticas públicas.

### ABSTRACT

The article presents a critical analysis on the issue of legalization of public policies that deal with the right to health. For this, the literature review in order to demonstrate the doctrinal trends of the possibilities for enjoyment of such rights will be made, as well as a critical analysis of precedents of the Supreme Court of the last 05 years on the issue of legalization of this fundamental right will be. At the end, it will be shown that the right to health generates the citizen's subjective right of audience immediately, the cost of medical treatment, as well as providing certain drug, according to the Theory of Distributive Justice by John Rawls.

**Keywords:** Right to health. Judicialization. Distributive justice. Public policies.

\* Recebido em 20/09/2014  
Aprovado em 01/12/2014

\*\* Doutoranda em políticas públicas e formação humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogada. Bolsista da FAPERJ. E-mail: uramartins@ig.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 2º da Constituição Federal, os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem ser independentes e harmônicos entre si, cada um exercendo, de forma predominante, sua respectiva função típica.

A clássica divisão dos Poderes proposta por Montesquieu<sup>1</sup> preconiza que cada Poder teria uma função típica. Contudo, tal separação não é absoluta, principalmente quando há omissão estatal capaz de gerar ofensa a direitos fundamentais. Nesses casos, conforme determina Silva<sup>2</sup> deve ser utilizado o sistema de Freios e Contrapesos.

No caso brasileiro, evidencia-se uma constante omissão do Executivo em realizar seu papel por meio de políticas públicas e demais ações governamentais de saúde, razão pela qual o Judiciário acaba sendo utilizado em demasia. Ou seja, a tão almejada harmonia entre os Poderes não se sustenta atualmente.

Nesse contexto, a problemática reside no fato de que não basta a Constituição Federal estabelecer a saúde como direito fundamental, se não for feita uma interpretação capaz de garantir efetividade a tal direito, impedindo, assim, que o cidadão fique sujeito à atuação estatal, quase sempre insatisfatória.

A questão da saúde envolve a temática se tal direito seria subjetivo ou não. Dessa forma, sua concepção meramente de direito social, fruível somente coletivamente, significa impedir sua exigência individual, visto que o cidadão não teria direito subjetivo individual a uma prestação concreta do Estado, pois dependeria da efetivação de tal direito somente mediante políticas públicas.

Portanto, o dilema consiste em analisar se o direito à saúde gera para o cidadão o direito subjetivo de pleitear, de maneira imediata, o custeio de um tratamento médico, bem como fornecimento de determinado medicamento.

Para que seja realizada uma análise crítica da referida problemática, torna-se necessário analisar alguns pontos sensíveis ligados ao tema, quais sejam: O direito fundamental à saúde gera direito subjetivo ao cidadão de exigir a respectiva prestação estatal? A atuação judicial, no que tange à efetivação individual do direito à saúde, fere o Princípio da Separação dos Poderes? A teoria da reserva do possível pode ser utilizada para minimizar a fruição individual do direito à saúde, considerando a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls? É possível a edificação de uma concepção individual do direito à saúde, capaz de superar o entendimento de que o direito à saúde é um direito social de fruição apenas coletiva? Qual o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a questão?

Com o intuito de responder tais questões, será utilizada a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls, bem como outros referenciais teóricos que tratam o tema segundo uma perspectiva crítica.

## 2. CONTEXTUALIZANDO O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagra o direito à saúde em seu art. XXV, ao dispor que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar [...]”.

Nessa linha, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado e internalizado no Brasil através do Decreto n.591, de 6 de julho de 1992, determina em seu art. 12: “Os Estados-partes no Presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de

1 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

saúde física e mental”. Verifica-se que a referida norma menciona “mais elevado” nível de saúde e não “mínimo” de saúde, motivo pelo qual não merece prosperar a interpretação restritiva no sentido de considerar que o papel do Estado é de garantir o mínimo existencial.

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à saúde em seu art. 6º, sendo que seu art. 196 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Além disso, o art. 5º, §1º, determina que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação direta e imediata.

Através da leitura sistemática dos arts. 194, 196 e 198, da Constituição Federal – CF, destacam-se as seguintes características das políticas de saúde: universalidade da cobertura e do atendimento; direito ao acesso universal e igualitário; atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, dentre outras.

Em que pese o art. 194 da CF determinar como um dos objetivos da seguridade social, a “universalidade da cobertura e do atendimento”, na prática, embora o acesso aos serviços do SUS seja destinado a todos, não há universalidade de cobertura. Isso porque basta uma análise das demandas judiciais que tramitam, para que possa ser constatado que não há recursos materiais, nem humanos capazes de atender, em tempo hábil, às demandas de saúde.

Sobre a questão, Álvaro Ciarlini ressalta que, embora seja importante o critério de acesso universal à saúde, no mundo concreto as questões econômicas, financeiras, políticas, sociais, bem como burocráticas, acabam gerando justamente o resultado contrário, transformando tais políticas em exclusão social.<sup>3</sup>

É necessário diferenciar judicialização de ativismo judicial<sup>4</sup>. Segundo Barroso, “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”. No que tange ao ativismo judicial, este

expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.<sup>5</sup>

O referido autor aponta as seguintes causas da judicialização: 1) redemocratização do país; 2) constitucionalização abrangente e 3) a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.<sup>6</sup>

Werneck Vianna<sup>7</sup> ressalta que a invasão do direito sobre o social ocorre justamente nos setores mais vulneráveis, fenômeno que foi intensificado em decorrência das reformas neoliberais. E prossegue:

Ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, induzida pela política e pelo direito, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do mercado [...]

Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon.<sup>8</sup>

Quando há falência dos demais poderes, conforme leciona Ingeborg Maus, ocorre a ascensão do Judiciário como arauto, quase um mito religioso para a “sociedade órfã”.<sup>9</sup>

3 CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 263

4 Sobre as origens do termo “ativismo judicial”, recomendando: KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of judicial activism*. California: Law Review, 2004.

5 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 17.

6 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 1-29.

7 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. p. 39-40.

8 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. p. 40.

9 A autora examina a expansão do controle normativo realizado pelo Judiciário Alemão, segundo o conceito psicanalítico da

Para que a questão em tela possa ser dimensionada quantitativamente, necessário mencionar os dados do Conselho Nacional de Justiça <sup>10</sup>, atualizados até junho de 2014, os quais revelam a existência de 330.630 ações envolvendo a questão da saúde, sendo que os Tribunais Estaduais com o maior número de demandas são: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (113.953); Tribunal de Justiça de Minas Gerais (66.751); Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (46.883) e Tribunal de Justiça de São Paulo (44.690).

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, seguem abaixo os dados quantitativos sobre as demandas judiciais relacionadas à saúde, atualizados até junho de 2014, conforme Relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ <sup>11</sup>:

**Quadro 1 - Relatório de demandas judiciais do CNJ, 2014.**

<b>Tribunal Federal</b>	<b>1º Grau</b>	<b>2º Grau</b>	<b>Total</b>
<b>TRF-1</b>	<b>10.194</b>	<b>5.608</b>	<b>15.802</b>
<b>TRF-2</b>	<b>4.919</b>	<b>1.567</b>	<b>6.486</b>
<b>TRF-3</b>	<b>3.126</b>	<b>1.579</b>	<b>4.705</b>
<b>TRF-4</b>	<b>24.229</b>	<b>11.058</b>	<b>35.287</b>
<b>TRF-5</b>	<b>7</b>	<b>4</b>	<b>11</b>
<b>TOTAL DE AÇÕES DE SAÚDE</b>			<b>62.291</b>

Fonte: CNJ

Com a finalidade de discutir questões relativas às demandas judiciais envolvendo a saúde, foram realizadas Audiências Públicas nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, atendendo convocação feita pelo Presidente do STF da época, Min. Gilmar Mendes, com base em autorização prevista no artigo 13, XVII, do Regimento Interno do STF.

Durante tais audiências, foi constatada a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores das ações. Em razão disso, no ano seguinte foi expedida a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, do CNJ. Além disso, foi criado o Fórum Nacional de Saúde, conforme Resolução n. 107 do CNJ, de 06 de abril de 2010.

Por meio da Recomendação n. 31, de 2010, do CNJ foi recomendado aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que orientassem seus respectivos magistrados, via corregedorias, para que “ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência”<sup>12</sup>. Seguindo tal raciocínio, na Plenária da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ que ocorreu em maio de 2014, em São Paulo, foram aprovados enunciados, destacando-se o de n. 3, que dispõe que “recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”.<sup>13</sup>

Diante do exposto, constata-se a existência de um número significativo de demandas judiciais vinculadas ao direito à saúde. Ao lado disso, há medidas do CNJ que buscam minimizar tais impactos, através da busca de solução administrativa, via diálogo com os gestores.

imagem paterna. Nesse sentido, demonstra como a sociabilidade individual perde a capacidade de criticar as normas sociais. Embora o sistema Alemão seja completamente diverso do brasileiro, é possível reconhecer o modelo de transferência do superego no caso do Brasil, pois, quando há falência dos demais poderes, ocorre a ascensão do Judiciário em demasia. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

10 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais*: dados enviados até junho de 2014.

11 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais*: dados enviados até junho de 2014.

12 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*.

13 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Enunciados aprovados na I jornada de direito da saúde do Conselho Nacional De Justiça em 15 de maio de 2014*. São Paulo-SP.

Nas próximas linhas, serão expostas e analisadas as divergências teóricas que permeiam o objeto de estudo.

### 3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VERSAM SOBRE O DIREITO À SAÚDE (TESE PROCEDIMENTALISTA)

#### 3.1. Riscos para a legitimidade democrática

Habermas, maior defensor da corrente procedimentalista, com base na teoria do discurso, afirma que o princípio da soberania deve ser compreendido como um poder deduzido do poder comunicativo dos cidadãos.<sup>14</sup>

O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um *processo democrático* destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas.<sup>15</sup>

Para Habermas, quando um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e decide seguindo tal lógica, “cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre o normativo.”<sup>16</sup>

Por tais motivos, o referido autor propõe um modelo de constitucionalismo não afetado por valores, mas sim, por procedimentos capazes de garantir legitimidade democrática, através da devida formação da vontade do cidadão. A decisão estaria ligada ao direito e à lei, sendo que a racionalidade da jurisdição dependeria da legitimidade que seria alcançada através dos procedimentos necessários para o discurso.<sup>17</sup>

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 autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito.<sup>18</sup>

Segundo interpretação de Streck, a tese de Habermas segue a lógica da divisão dos poderes, segundo a qual a base legislativa deve estar em conformidade com as funções exercidas pelo Legislativo, e não pelo Tribunal, pois o Legislativo seria o órgão legitimado democraticamente para exercer a prerrogativa do controle abstrato das normas.<sup>19</sup>

Barroso, embora adepto da corrente substancialista, analisa os argumentos contrários à judicialização das políticas públicas. Segundo o referido autor, os riscos estariam relacionados com a questão da legitimidade democrática, politização da política e falta da capacidade institucional para dirimir algumas matérias.

14 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

15 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 213.

16 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 321-322.

17 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 297.

18 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 326.

19 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 157-158.

Ao analisar supostos riscos, Barroso afirma que “os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis”.<sup>20</sup>

No que tange aos riscos da politização da justiça, sustenta que tais riscos não podem ser eliminados totalmente, mas defende que a interpretação constitucional, embora tenha dimensão política, representa uma tarefa jurídica. Dessa forma, estaria sujeita “aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes.”<sup>21</sup>

Com relação à capacidade institucional e aos efeitos sistêmicos, Barroso sugere que o Judiciário deveria verificar quando determinada matéria requer atuação de outro Poder, órgão ou entidade que teriam qualificação melhor para subsidiar a decisão, pois esclarece que “naturalmente, se houver um direito fundamental sendo vulnerado ou clara afronta a alguma outra norma constitucional, o quadro se modifica. Deferência não significa abdicação de competência”.<sup>22</sup>

Por fim, o referido autor manifesta-se no sentido de defender que o Judiciário é o guardião da Constituição, razão pela qual deve defender os direitos fundamentais e os valores e procedimentos democráticos, sendo que eventual atuação contra a maioria, em tais casos, não representaria afronta contra a democracia.<sup>23</sup>

Portanto, para a corrente procedimentalista, a legitimidade do direito seria alcançada através dos procedimentos democráticos. Nesse sentido, seria incabível conceber a Constituição como uma ordem suprapositiva de valores. Logo, a fruição do direito à saúde dependeria da implementação das respectivas políticas públicas, sendo vedada sua fruição individual, por meio de decisão judicial, pois ocorreria ofensa ao procedimento democrático, na medida em que os juízes não são membros eleitos, razão pela qual não poderiam decidir sobre assuntos políticos.

### 3.2. Teoria da reserva do possível: escassez dos recursos orçamentários

A oposição à judicialização das políticas públicas que tratam sobre o direito à saúde também se manifesta por meio do argumento de que a escassez dos recursos públicos impossibilitaria o acesso individual de todos os cidadãos, uma vez que a concessão individual poderia abalar as políticas públicas de saúde que, teoricamente, teriam alcance geral. Dessa forma, seria necessária a previsão dos gastos, com o intuito de satisfazer o maior número de pessoas conforme as dotações orçamentárias existentes.

Nesse sentido, Scaff argumenta que devem ser consideradas a escassez de recursos e as infinitas necessidades, pois o sistema financeiro seria composto por vasos comunicantes. Assim, gastar verbas em demasia poderia ocasionar prejuízo para outros setores, razão pela qual existem recursos orçamentários mínimos destinados ao plano de ação social. Contudo,

na ânsia de implementar integralmente as normas constitucionais, vem ocorrendo no Brasil uma avalanche de decisões de todas as instâncias implementando diretamente o direito à saúde [...].<sup>24</sup>

E continua o referido autor:

Fazem de forma individual o que deveria ser implementado através de políticas públicas – o que pressupõe o alcance de uma coletividade de indivíduos através de um conjunto de normas emitidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

20 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 17.

21 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 18.

22 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 19.

23 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 19.

24 SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 35.

Com estas decisões, os programas e as políticas públicas de saúde têm sido bastante abalados financeiramente, e comprometida fica sua capacidade de implementação.<sup>25</sup>

Cabe ressaltar que há percentuais mínimos de receitas que devem ser destinadas para gastos com a saúde em relação à União<sup>26</sup>, Estados<sup>27</sup>, Distrito Federal e Municípios<sup>28</sup>, conforme estipulação prevista na Lei Complementar n. 141/2012, de acordo com o que determina os parágrafos 2º e 3º do art. 198 da CF, acrescentados pela Emenda Constitucional n. 29 de 2000.

Sarlet, por sua vez, entende que o direito à saúde tem eficácia imediata, não trazendo em seu núcleo essencial a questão da “reserva do possível”, mas sendo por ela delimitado, em termos adequados aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência de aplicação dos recursos públicos, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.<sup>29</sup>

A assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.<sup>30</sup>

Sarlet e Molinaro<sup>31</sup>, ao analisarem o princípio da reserva do possível, fazem a seguinte indagação: “São os direitos que têm custos, ou é o custo uma consequência do cumprimento dos deveres do Estado?” A seguir, respondem:

Embora aparentemente tal pergunta pareça não ter importância, é preciso reconhecer que a resposta que for dada pavimenta caminhos diversos. A dúvida reside precisamente na definição dos direitos e deveres. Alegar o “custo” de um direito revela a tendência de “mercantilizá-lo” e mesmo de fundar uma relação em um “modelo de contrato”, onde o exato valor dos polos da relação implica em um valor apropriável para determinado estamento. É certo que, nesta sociedade e neste Estado que vivemos, os recursos financeiros são escassos. Mas essa escassez não autoriza a escolha de qual o direito a ser atendido. Na realidade, não há escassez quando há responsabilidade social. A escassez começa onde a ausência de solidariedade impera. É absolutamente certo que a escassez pode ser combatida, com

25 SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 35.

26 Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. (LC 141/12)

27 Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. (LC 141/12)

28 Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. (LC 141/12)

29 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301.

31 SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia: separação de poderes eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro*. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. p. 78.

grande eficiência, através da colaboração sempre que presente um adequado sentido de solidariedade de todos, particulares e poder público.<sup>32</sup>

No ano de 2004, durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 45, o STF apresentou interpretação sobre a cláusula reserva do possível.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

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.<sup>33</sup>

Portanto, durante o referido julgamento, foi ressaltada a questão de que tal cláusula (reserva do possível) não pode ser invocada pelo Estado, para permitir que este deixe de arcar com o cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente em se tratando de conduta que gera aniquilação de direitos constitucionais que possuem caráter essencial.

#### 4. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS (TESE SUBSTANCIALISTA)

De acordo com Silva<sup>34</sup>, as normas constitucionais são classificadas em normas de eficácia plena (aplicabilidade direta, imediata e integral), contida (aplicabilidade direta, imediata, mas não integral) e limitada (aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, dividida em normas de princípio institutivo e norma de princípio programático).

Com efeito, a referida classificação, recepcionada por grande parte da doutrina, reduz a aplicação imediata das normas constitucionais, em especial o §1º do art. 5º da Constituição Federal que determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Segundo Silva, o direito à saúde seria classificado como uma norma programática<sup>35</sup>, na medida em que a saúde estaria incluída entre os fins estatais, pois “não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados”<sup>36</sup>

Silva assevera que o direito à saúde (art. 196), semelhante ao que ocorre com o direito à educação (art. 205), institui um dever correlato a um sujeito determinado, qual seja: o Estado, razão pela qual este

tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento de norma.<sup>37</sup>

32 SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia: separação de poderes eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro*. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. p. 78.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 29 de abril de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 04 maio 2004. PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

34 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 138.

35 Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 138.

36 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 139.

37 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 150.



Portanto, a divergência doutrinária com relação ao tema reside na interpretação a ser dada ao art. 196 da CF, pois uma parte da doutrina entende que tal norma dependeria de uma atuação estatal, através da implementação das políticas públicas (tese procedimentalista). Logo, ao Judiciário caberia apenas adentrar no mérito do cumprimento da lei orçamentária.

A corrente substancialista defende o caráter principiológico da Constituição. Nessa linha, segundo Martônio Lima, se a Constituição Federal determina que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, restaria evidente que os poderes do Estado brasileiro dever agir no sentido de viabilizar tal comando.

A classificação das normas constitucionais que serão controladas em sua constitucionalidade por tribunais recebem carga descritiva autônoma, independentes mesmo tanto do teor constitucionais que integram como de sua natureza originária de assembleias constituintes reunidas após anos de autoritarismo. Independentemente do texto que integram, pelo fato de que alguns destes textos expressam claramente sua condição de comandos a serem aplicados imediatamente (o §1º do art. 5º da Constituição Federal é um dos exemplos); e, igualmente livre de seus contextos, a não implementação destes comandos advém, em grande parte, da atuação das cortes constitucionais que manifestam seus entendimentos no sentido de poupar o Estado da necessária implementação, exatamente quando estão os tribunais autorizados a agirem dentro dos limites constitucionais. Em outras palavras: a jurisprudência dos tribunais constitucionais descumpra a constituição quando aplica entendimentos restritivos aos comandos constitucionais, principalmente aqueles definidores de novos direitos e garantias fundamentais trazidos por constituições produzidas como nova estrutura para Estados egressos de governos autoritários.<sup>38</sup>

Streck, também adepto da corrente substancialista, adota tese diametralmente oposta ao paradigma procedimental habermasiano:

[...] parece muito pouco, mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar-se ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião pública e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental habermasiano.<sup>39</sup>

Corroborando, Brito Filho defende a necessidade de ser adotada uma concepção de direitos humanos que considere a pessoa humana através de uma perspectiva individual, razão pela qual devem ser rejeitadas as teorias conservadoras que subordinam o papel do Estado

aos interesses dos governantes, e contra a sociedade, especialmente os menos favorecidos, sendo exemplos, as teorias da reserva do possível, dos custos dos direitos, da prevalência da lei orçamentária, entre outras.<sup>40</sup>

Para Maués<sup>41</sup>, o Judiciário até poderia atender a demandas individuais, mas tais demandas estariam sujeitas aos princípios da universalidade e da integralidade. Sendo assim, estariam excluídos “tratamentos não previstos oficialmente”. Em razão disso, não seriam cabíveis decisões que ordenam o sequestro ou remanejamento de verbas públicas, devendo o judiciário apenas vincular o legislativo na elaboração do orçamento do ano seguinte.

Barroso, adepto da corrente substancialista, possui afinidade com a teoria de Rawls, conforme ressaltou em entrevista<sup>42</sup> dada em 2010. Porém, o autor defende que há limites mais estreitos quanto ao direito sub-

38 LIMA, Martônio Mont'Alverne. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA, Cláudio Pereira de, et al. *Teoria da Constituição*: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 220.

39 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 25.

40 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura*: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, v. 5, p. 144.

41 MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFFÉ, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 271.

42 BARROSO, Luís Roberto. Entrevista. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano 28, v. 75; n. 2, abr./jun. 2010.

jetivo prestacional, porquanto restringe a questão da omissão estatal, que legitimaria o pedido judicial dos medicamentos. A omissão só estaria caracterizada quando não houvesse leis e atos administrativos e/ou quando estes fossem descumpridos. Noutras palavras, quando existissem tais atos, mesmo que não alcance todos os necessitados, não poderia ser alegada a presença da legitimidade do Poder Judiciário.<sup>43</sup>

Contudo, a mera existência de atos administrativos que tenham o escopo de garantir o direito à saúde, não é suficiente para descaracterizar omissão. Isso porque uma política pública que existe, mas é ineficaz, não pode permanecer intocável pelo judiciário.

Álvaro Ciarlini propõe um meio termo entre as correntes apresentadas (substancialista e procedimentalista), defendendo “a possibilidade de realização de um direito social (bem-estar) sem a supressão das liberdades políticas de sua esfera pública (autonomia)”.<sup>44</sup>

O referido autor, na sua tese, propõe que o juiz adote o aspecto plural ao definir as prioridades, por meio da opinião de técnicos responsáveis pela política pública de saúde, bem como demais membros da sociedade civil. Dessa forma, sugere o diálogo com segmentos sociais, sendo que a ação civil pública seria a ação adequada para tal fim (tutela de interesses meta-individuais), pois terá efeitos erga omnes. Porém, o autor defende que tal ação civil pública não deve ser utilizada para solucionar questões individuais, para legitimar atuação que mantenha o círculo vicioso do que chama de paternalismo alienante.<sup>45</sup>

Com efeito, o diálogo é importante para que a jurisdição ocorra considerando o caráter plural da construção das políticas públicas de saúde. Entende-se, no entanto, que a corrente substancialista é a mais justa e coerente, pois o direito fundamental à saúde gera ao cidadão o direito subjetivo individual de pleitear, de maneira imediata, o custeio de um tratamento ou fornecimento de medicamento necessário, diante da ausência ou ineficácia das políticas públicas vigentes, considerando o caráter principiológico da Constituição.

#### 4.1. O direito subjetivo individual à saúde, segundo a Teoria da Justiça Distributiva de John Rawls

Rawls, considerado grande expoente do igualitarismo liberal contemporâneo, apresentou a *Teoria da Justiça como Equidade*, apresentando, inicialmente, crítica à tese utilitarista, em virtude desta ignorar o fato de cada membro da sociedade possuir inviolabilidade própria fundada na justiça, ou seja, não considera as diferenças entre as pessoas.<sup>46</sup>

Conceber o direito à saúde apenas, segundo seu aspecto coletivo, significa seguir a diretriz do utilitarismo clássico, tão criticado por Rawls, uma vez que o utilitarismo defende que a sociedade atenderia à exigência de justiça “quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros”.<sup>47</sup>

O autor defende que, em uma sociedade justa, as liberdades de cidadania são invioláveis, não podem estar sujeitas à negociação política, nem ao cálculo de interesses sociais, pois “a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. O raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de diferentes pessoas como se elas fossem uma pessoa só fica excluído.”<sup>48</sup>

---

Entrevista concedida a: Clarice Costa Calixto, Leonardo de Araújo Ferraz e Maria Tereza Valadares Costa. p. 21.

43 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

44 CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 262.

45 CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição*: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 263-264.

46 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 24-25.

47 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25.

48 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 30.

Rawls trabalha com a categoria denominada *posição original*, com a finalidade de estabelecer um processo equitativo, para que quaisquer princípios aceitos sejam considerados justos. Dessa forma, “com esse propósito, assumo que as partes se situam através de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar os princípios unicamente com base nas considerações gerais”.<sup>49</sup>

Segundo Rawls, a *posição original* garante que ninguém será favorecido na escolha dos princípios, feita sob um véu de ignorância, pois todos estariam em uma situação semelhante, razão pela qual não invocariam princípios com a finalidade de favorecimento pessoal.<sup>50</sup>

Sobre a questão, Feres Júnior e Pogrebinschi ressaltam que a posição original ou situação original proposta por Rawls representa o próprio momento contratual, ou seja, é uma situação hipotética, não precisa ocorrer no plano concreto, basta que seja feita sua simulação mental.<sup>51</sup>

Rawls apresenta dois princípios:

Primeiro: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.

Segundo: As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo

a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo as restrições do princípio da poupança justa, e,

b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condição de igualdade equitativa de oportunidades.<sup>52</sup>

A seguir, o autor apresenta duas regras de prioridade. A primeira seria a *prioridade da liberdade*. Dessa forma, os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical. Logo, as liberdades básicas somente podem sofrer restrição em nome da liberdade. Sendo que a segunda regra de prioridade é no sentido de que o segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens, sendo que a igualdade equitativa de oportunidades seria anterior ao princípio da diferença.<sup>53</sup>

Como asseveram Feres Júnior e Pogrebinschi, a *Justiça como Equidade* proposta por Rawls tem como objetivo prático prover uma base moral e filosófica aceitável para as instituições democráticas e, conseqüentemente, lidar com o conflito entre liberdade e igualdade.<sup>54</sup>

Depreende-se, assim, que a corrente que defende a não interferência do Poder Judiciário no que tange à efetivação do direito à saúde no plano individual, privilegia a soma de vantagens que o Estado pratica ao efetuar previsões orçamentárias, ou seja, segue a linha de raciocínio traçada pela corrente utilitarista.

A título de exemplo, o pensamento utilitarista poderia defender que não caberia a concessão de um direito individual à saúde, pois tal concessão inviabilizaria o direito de outros cidadãos, uma vez que implicaria na utilização de considerável valor monetário. Sobre a questão, não há como negar os impactos orçamentários, contudo, o Estado tem o dever, e não a faculdade, de garantir o direito à saúde. Logo, se suas políticas não atendem à necessidade de todos os cidadãos, caberá ao que estiver em situação de necessidade (*princípio da diferença*), exigir judicialmente a aplicação de seu direito fundamental.

49 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 147.

50 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 13.

51 FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2010. p. 14.

52 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 333.

53 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 333-334.

54 FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2010. p. 12.

Brito Filho, ao analisar o direito à saúde sob a luz da Teoria de Rawls, apresenta a seguinte contribuição:

E em relação ao direito fundamental à saúde, onde a ideia pode ser encontrada, na teoria de Rawls? Primeiro, de que cada indivíduo deve ser levado em consideração, respeitadas as suas diferenças, o que já foi visto logo acima, quando mostrei o pensamento desse autor em relação ao utilitarismo.

Segundo, pelo que pode ser depreendido em um dos princípios de justiça enunciados por Rawls (2002), e que é chamado de princípio da diferença.

Nele, Rawls defende o que tenho chamado de desigualdade controlada, e que pode ser explicado, de forma singela, assim: 1) ninguém pode ter tudo, mesmo que isso seja amealhado lícitamente, pelo que, ao menos pela tributação, uma parte deverá reverter à sociedade; 2) ninguém pode ficar sem alguma coisa, cabendo aos indivíduos um mínimo que deve ser garantido.<sup>55</sup>

Ao analisar sobre o mínimo a ser garantido, o referido autor menciona que “não pode ser um “mínimo de saúde”, sinônimo de uma vida precária. Só pode ser a saúde plena, no limite do que for possível, considerando o conhecimento disponível”<sup>56</sup>. Seguindo tal raciocínio, compete ao Estado proporcionar a cada cidadão a satisfação a tal direito, de forma individual.

Em suma, a Teoria de Rawls possui alguns eixos fundamentais que podem ser utilizados para a construção de uma concepção individual do direito à saúde. A igualdade democrática guarda relação com a realização da justiça distributiva e com a prioridade a ser garantida às necessidades dos menos favorecidos (princípio da diferença).

## 5. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O DIREITO À SAÚDE

A pesquisa foi realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal – STF, na data 07.09.14, utilizando-se filtros através da busca de expressões na seção jurisprudência. A pesquisa baseada nas expressões “direito à saúde” demonstrou a existência de 655 acórdãos e 11 casos de repercussão geral. A pesquisa feita com base nas expressões “direito à saúde e medicamentos” revelou a existência de 21 acórdãos.

Após a leitura dos acórdãos, foi realizado novo refinamento da pesquisa, tendo como delimitação temporal os últimos cinco anos. Ao final, considerando a existência de processos com decisões semelhantes, foram eleitas 5 (cinco) decisões do STF para ser objeto de análise, considerando a relevância das matérias suscitadas.

A seguir, serão analisadas as decisões mencionadas, dando-se ênfase à questão jurídica, motivo pelo qual não serão expostos os nomes das partes envolvidas.

### 5.1 Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47 (julgamento em 17 de março de 2010)

No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, ratificado pelos demais, foram examinados cada um dos elementos contidos no art. 196 da Constituição Federal, destacando-se o seguinte: direito de todos, identifica a existência de um direito individual e coletivo à saúde. Assim, sustenta que considerar o art. 196 uma norma de direito social de caráter programática, no sentido de apenas servir como diretriz a ser observada pelo ente público, implica em uma interpretação que nega a força normativa da Constituição.

Porém, o referido Ministro afirma que esse direito subjetivo público seria assegurado através de políticas públicas. Dessa forma, uma ordem judicial que ordenasse a prestação individual de saúde, “estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS)”, o que seria avaliado caso a caso.<sup>57</sup>

55 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, p. 143.

56 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, p. 143.

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47*. Tribunal Pleno. Rel. Min. GILMAR MENDES

Contata-se, portanto, que o referido Ministro não veda a possibilidade de prestação individual de saúde, apenas condiciona tal possibilidade.

No caso concreto, foi negado provimento ao Agravo Regimental, por considerar que o deferimento de uma prestação de saúde formulada pelo SUS, não significa criação de política pública pelo Judiciário, mas apenas seu devido cumprimento.

Cabe ressaltar que o voto do Min. Gilmar Mendes menciona outras questões relevantes, em especial, as Audiências Públicas da Saúde realizadas no STF, nos dias 27, 28, 29 de abril e 04,06 e 07 de maio de 2009, com o objetivo de relatar que foi constatado que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não se dava em razão de omissão absoluta do Estado, mas sim, diante da necessidade de intervenção para que haja cumprimento de políticas públicas já estabelecidas, existindo, nesse caso, um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.

Assim, caso a prestação não esteja contemplada pela política do SUS, seria necessário distinguir se tal ausência decorre de “(1) omissão legislativa ou administrativa, (2) decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal de sua dispensa”<sup>58</sup>.

Além disso, o Min. Gilmar Mendes mencionou que deve ser analisado o motivo para o não fornecimento de determinada ação de saúde por parte do SUS, considerando-se os casos de não custeio diante da inexistência de evidências científicas que revelem que determinada prestação de saúde é eficaz. Nesses casos, o referido Ministro afirma a necessidade de considerar as seguintes situações: “1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia”<sup>59</sup>.

O referido Ministro menciona, ainda, que os Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas do SUS não são inquestionáveis, mas, com relação aos tratamentos experimentais que carecem de comprovação científica acerca de sua eficácia, argumenta que o Estado não poderá ser obrigado a realizar seu fornecimento. Nesse sentido, por meio da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, foi recomendado aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que orientem seus magistrados, via corregedorias, para que “evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”<sup>60</sup>.

Com relação aos novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, seria necessária cautela, segundo o Ministro, considerando-se que a lentidão de procedimentos burocráticos na aprovação de novas indicações terapêuticas, poderá excluir o acesso de pacientes a tratamentos já postos em prática pela iniciativa privada. Portanto, a omissão administrativa no sentido de garantir o tratamento a determinada patologia pode ser objeto de apreciação judicial.

Seguindo a mesma diretriz, dispõe o Enunciado n. 4, aprovado na Plenária da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ que ocorreu em maio de 2014, em São Paulo:

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado.<sup>61</sup>

(Presidente), Brasília, 17 de março de 2010. p. 15.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47*. Tribunal Pleno. Rel. Min. GILMAR MENDES (Presidente), Brasília, 17 de março de 2010. p. 23.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47*. Tribunal Pleno. Rel. Min. GILMAR MENDES (Presidente), Brasília, 17 de março de 2010. p. 25.

60 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

61 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Enunciados aprovados na i jornada de direito da saúde do Conselho Nacional De Justiça*

Da análise do referido julgamento, necessário dar realce aos pontos positivos. Primeiramente, representa um avanço a concepção de que o direito à saúde não é apenas uma norma de direito social de caráter programática. Além disso, o fato de serem citadas as Audiências Públicas da Saúde que ocorreram no STF revela um progresso, na medida em que demonstra a tentativa de um maior diálogo com a sociedade civil, através da busca de novas vias para solucionar os casos complexos.

Outra questão importante foi a constatação de que, na maioria dos casos, a intervenção judicial não se dava em razão de omissão absoluta do Estado, mas sim, diante da necessidade de intervenção para que haja cumprimento de políticas públicas já estabelecidas. Revelou-se, assim, o papel do Judiciário de fazer cumprir os direitos fundamentais, quando outro Poder (no caso, o Executivo), permanece silente.

No que tange aos medicamentos que ainda não possuem protocolo na ANVISA, foi ressaltada as implicações decorrentes das limitações burocráticas que envolvem a questão dos protocolos dos medicamentos, razão pela qual o cidadão poderá requerer prestação jurisdicional que ordene o fornecimento de medicamentos necessários para sua saúde, ainda que não protocolizados, mas já postos em prática pela iniciativa privada.

Porém, foi mencionado que os casos individuais estariam condicionados ao não comprometimento do funcionamento SUS, o que seria objeto de avaliação no caso concreto. Nesse ponto, constata-se a presença de viés utilitarista, uma vez que condiciona um direito individual ao maior saldo líquido de satisfação. Sobre este ponto, seria necessário utilizar a concepção de justiça distributiva, a qual permite a discriminação positiva dos cidadãos menos favorecidos.

## **5.2. Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada n. 334 (julgamento em 24 de junho de 2010)**

No caso, foi comprovado que o paciente era portador de hepatite crônica B, mas foi negado o fornecimento do medicamento pleiteado, sob a alegação de que não basta o paciente comprovar ser portador de doença que o justifique, exigindo-se uma prescrição formulada por médico do Sistema Único de Saúde – SUS.

Durante o julgamento, foi demonstrado que o caso não tratava de mera burocracia, mas sim, da constatação de que o medicamento solicitado não seria o mais eficaz. Dessa forma, o fármaco a ser ministrado dependeria da contagem de linfócitos. Em razão do exposto, foi negado provimento ao agravo, segundo o argumento de que era necessária a prescrição formulada por médico do SUS que deverá seguir procedimentos previstos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para o tratamento de hepatite viral crônica B e coinfeções.<sup>62</sup>

Sobre a questão, o Enunciado n. 30 aprovado na Plenária da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ de 2014 dispõe que “é recomendável a designação de audiência para ouvir o médico ou o odontólogo assistente quando houver dúvida sobre a eficiência, a eficácia, a segurança e o custo-efetividade da prescrição”<sup>63</sup>

De fato, o magistrado não possui aptidão necessária para verificar qual o melhor tratamento a ser dado ao paciente. Por tais motivos, é preciso cautela ao apreciar decisão judicial que indefere pedido por ausência de prescrição feita por médico do SUS. Isso porque há risco de ser determinado o fornecimento de um medicamento que não seja o mais eficaz, ocasionando, assim, efeito reverso, na medida em que o cidadão poderá ter agravamento de sua saúde, ao invés de reabilitação.

Barroso pondera sobre o risco de *efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados* que podem ser ocasionados em alguns casos, razão pela qual destaca ser de suma importância a cautela e a deferência por parte do Judiciário.

---

em 15 de maio de 2014. São Paulo-SP.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada n. 334. Plenário. Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, Brasília, 24 de junho de 2010, *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 ago. 2010.

63 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Enunciados aprovados na I jornada de direito da saúde do Conselho Nacional De Justiça em 15 de maio de 2014*. São Paulo-SP.

Isto porque nem sempre o juiz disporá do conhecimento necessário para mensurar o impacto de determinadas decisões. Para o autor,

ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde [...].<sup>64</sup>

Depreende-se, então, que a decisão proferida não ofendeu o direito do autor, ao contrário, foi prudente, pois considerou a necessidade de prescrição de profissional do SUS. Tal caso evidencia a linha tênue entre judicialização e intervenção judicial excessiva. Com efeito, alguns casos exigem cautela do magistrado, para que não ocorra interferência capaz de resultar em efeito reverso.

### **5.3. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental 824946 (julgamento em 25 de junho de 2013)**

O caso tratava de fármaco que não consta nos registros da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas que foi receitado ao paciente. Durante o julgamento, foi considerado que o medicamento não era de procedência alienígena, motivo pelo qual o feito não merecia sobrestamento para aguardar a conclusão do julgamento do RE nº 657.718/MG.

Os Embargos de Declaração foram recebidos como Agravo Regimental, tendo sido negado provimento, em virtude do fármaco em questão constar nas listas de medicamentos excepcionais que deveriam ser fornecidos pelo Estado objeto da lide. Por tais razões, foi considerada improcedente a recusa de tal fornecimento, uma vez que fora constatada a existência de política pública, razão pela qual a determinação judicial apenas ordenou o cumprimento de um dever estatal.<sup>65</sup>

O caso trata de típica omissão estatal, contrariando, inclusive, política pública vigente. No caso, embora o medicamento não estivesse registrado na ANVISA, constava na lista de medicamentos excepcionais. Logo, a negativa de fornecimento revela a patente ofensa ao direito do requerente.

Além disso, o caso é importante para revelar que não é procedente o argumento da corrente procedimentalista, no sentido de que a intervenção do judiciário em matéria de políticas públicas violaria o procedimento democrático. Ao contrário, no caso em tela, a política pública era existente.

Por tais motivos, o Judiciário tem papel vital no controle das políticas públicas, podendo, no caso de omissão, decidir no sentido de evitar lesão ao direito fundamental do cidadão, considerando a carga valorativa da Carta Magna.

### **5.4. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 822882 (julgamento em 10 de junho de 2014)**

O STF, dentre outros assuntos, ressaltou a existência de obrigação solidária entre os entes federativos, no sentido de fornecer, gratuitamente, tratamentos e medicamentos necessários à saúde das pessoas consideradas hipossuficientes.

Em razão disso, foi negado provimento ao Agravo Regimental, com base no fundamento de que o Município é parte legítima para figurar no polo passivo de ações que tratam do fornecimento de medicamentos, mesmo que não haja inserção dos demais entes federativos como litisconsortes passivos da demanda.<sup>66</sup>

64 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Documento eletrônico. p. 18.

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 824946*. Primeira Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 25 de junho de 2013.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 822882*. Primeira Turma. Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Brasília, 10 de junho de 2014.

O caso em tela trata sobre o dever do Estado de garantir a maior eficácia social do direito à saúde, por meio da concretização da justiça distributiva que beneficie os menos favorecidos, e não apenas uma sociedade que visa maximizar o saldo líquido de satisfações, em detrimento dos direitos de alguns que estão num patamar menos favorecido.

Portanto, trata-se de uma responsabilidade social do Estado que deve garantir o respeito a um bem jurídico constitucionalmente tutelado. Logo, cabe a qualquer ente, seja federal, estadual ou municipal garantir tal direito.

### **5.5. Recurso Extraordinário n. 429903 (julgamento em 25 de junho de 2014)**

O caso possui um diferencial, pois o Estado em questão não estava impugnando a obrigação de fornecer a medicação necessária (Cerezyme). O inconformismo apenas foi com relação à parte da decisão recorrida que ordenou que a Administração mantivesse sempre em estoque quantidade do referido medicamento, suficiente para garantir 2 (dois) meses de tratamento aos que dele necessitem (no caso eram 36 pacientes), com a finalidade de evitar interrupções no tratamento dos portadores do mal de Gaucher.

O STF negou provimento ao Recurso Extraordinário, mantendo a determinação recorrida no sentido de manter em estoque o medicamento mencionado, pois considerou a falha do Estado ao executar uma política de saúde que demanda tratamento contínuo. Em razão disso, aplicou, por analogia, o entendimento no sentido de que o exame judicial de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não representava ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.<sup>67</sup>

Conforme já mencionado alhures, a Teoria de Rawls considera que, em uma sociedade justa, as liberdades de cidadania são invioláveis, não podem estar sujeitas à negociação política, nem ao cálculo de interesses sociais, pois “a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. O raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de diferentes pessoas como se elas fossem uma pessoa só fica excluído.”<sup>68</sup>

Segundo a ótica do princípio da diferença, os cidadãos beneficiados com a decisão, de fato, mereciam tratamento diferencial, uma vez que estão posicionados em situação menos favorecida, motivo pelo qual era necessário manter em estoque o medicamento necessário, para evitar interrupções no tratamento.

Com propriedade, Brito Filho ensina que o Estado deve garantir não o mínimo de saúde, mas sim, a saúde plena, razão pela qual o Estado Brasileiro é obrigado a garantir, a cada indivíduo, o que for necessário para a satisfação de tal direito.<sup>69</sup>

Verifica-se, mais uma vez, a importância da atuação do Judiciário como instrumento de correção de ilegalidades estatais durante a execução de políticas públicas, especialmente no que se refere aos tratamentos contínuos. Neste caso, o Estado não poderia sequer alegar ausência de disponibilidade financeira, considerando o caráter de continuidade do tratamento, motivo pelo qual as ações de saúde devem ser programadas considerando tal particularidade.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 429903*. Primeira Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 25 de junho de 2014. p. 4.

68 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 30.

69 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, p. 143.



## 6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se que a problemática reside no fato de que não basta a Constituição Federal estabelecer a saúde como direito fundamental, se não forem adotadas políticas públicas para garantir efetividade a tal direito.

Os direitos fundamentais, em especial o direito fundamental à saúde, são de aplicação imediata (art. 5º, 1º, CF), ou seja, são direitos subjetivos fruíveis individualmente. Em razão disso, quando há omissão ou ilegalidade praticada pelo Executivo, cabe ao Judiciário atuar para garantir que o cidadão possa ter acesso aos direitos fundamentais, aplicando diretamente o direito previsto na CF, não gerando ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Por outro lado, cumpre frisar que a mera existência de atos administrativos que tenham o intuito de dar cumprimento ao direito à saúde, não é suficiente para descaracterizar omissão estatal. Isso porque uma política pública que existe, mas é ineficaz, não pode permanecer intocável pelo judiciário.

A partir das ideias de Rawls, conclui-se que a corrente que defende a não interferência do Poder Judiciário no que tange à efetivação do direito à saúde no plano individual, segue viés utilitarista, na medida em que considera o cálculo de interesses sociais.

A concepção dos direitos fundamentais, especificamente, do direito à saúde, deve buscar a maior eficácia social através da concretização da justiça distributiva que beneficie os menos favorecidos, e não apenas uma sociedade que visa maximizar o saldo líquido de satisfações, em detrimento dos direitos de alguns que estão num patamar inferior.

Quantificar ou relativizar o direito à saúde significa ofender o direito à inviolabilidade de dignidade humana. Se as políticas públicas não asseguram os direitos dos cidadãos em sua totalidade, caberá ao Estado rever suas prioridades e direcionar seus gastos em prol da sociedade, mas tal argumento jamais poderá ser utilizado como óbice para a fruição individual do direito fundamental à saúde.

Por tais razões, a tese sobre escassez de recursos e a Teoria da Reserva do Possível precisam ser combatidas com veemência, pois partem do pressuposto de que há necessidade de equilibrar ganhos e perdas, razão pela qual não atendem ao critério da justiça distributiva proposto por Rawls, violando, por conseguinte, o princípio da diferença.

As decisões proferidas pelo STF, expostas alhures, demonstram uma tendência no sentido de garantir o direito subjetivo público a determinada política pública de saúde, com progressos evidentes no que tange a não limitação às questões burocráticas, previsão da responsabilidade solidária dos entes estatais e uma maior abertura ao diálogo em busca de soluções para casos complexos. Além disso, foi ressaltada a necessidade de cautela, demonstrando a linha tênue entre judicialização e intervenção judicial excessiva, para que não haja interferência capaz de resultar em efeito reverso.

Porém, foi mencionado que os casos individuais estariam condicionados ao não comprometimento do funcionamento SUS, o que seria objeto de avaliação no caso concreto. Nesse ponto, constata-se a presença de viés utilitarista, uma vez que condiciona um direito individual ao maior saldo líquido de satisfação. Dessa forma, seria necessário utilizar a concepção de justiça distributiva formulada por Rawls, a qual permite a discriminação positiva dos cidadãos em situação menos privilegiada.

Diante do exposto, constata-se ser possível a edificação de uma concepção individual do direito à saúde, desde que ocorra o abandono de uma concepção utilitarista que considera a soma dos interesses individuais, em detrimento do sacrifício do direito de pessoas menos favorecidas.

A melhor concepção capaz de garantir a justiça distributiva proposta por John Rawls consiste em conceber o direito à saúde como um direito fundamental individual, garantindo ao cidadão o direito de exigir tal direito judicialmente, visto que há princípios e valores que jamais podem ser sacrificados.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Entrevista. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. ano 28, v. 75, n. 2, abr./maio/jun. 2010. Entrevista concedida a: Clarice Costa Calixto, Leonardo de Araújo Ferraz e Maria Tereza Valadares Costa. p. 13-30. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/893.pdf>>.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Enunciados aprovados na i jornada de direito da saúde do conselho nacional de justiça em 15 de maio de 2014*. São Paulo. Disponível em: <[http://www.cncmp.mp.br/portal/images/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SA%C3%9ADE.pdf](http://www.cncmp.mp.br/portal/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SA%C3%9ADE.pdf)>
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/recomendacoes/reccnj\\_31.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf)>.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasno tribunais.forumSaude.pdf>>.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Resolução n. 107, de abril de 2010*. Cria o Fórum Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada n. 334. Plenário. Rel. Min. Presidente Cezar Peluso, Brasília, 24 de junho 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*, 13 ago. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão Liminar n. 47. Rel. Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno. Brasília, 17 mar. 2010, *Diário de Justiça Eletrônico*, 076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 822882*. Primeira Turma. Rel. Min. ROBERTO BARROSO. Brasília, de 10 de junho de 2014. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 05-08-2014 PUBLIC 06-08-2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 29 de abril de 2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agrado de Instrumento 824946*. Primeira Turma. Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Brasília, 25 de jun. 2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 16-09-2013 PUBLIC 17-09-2013
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 429903*. Primeira Turma. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Brasília, 25 jun. 2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 13-08-2014 PUBLIC 14-08-2014.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. *A Leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará*, v. 5, p. 136-145, 2013.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. 2008. 288 f. Tese (Doutorado)-Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. (Biblioteca tempo universitário, 101).

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, 2004. Disponível em: <[www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial\\_activism.htm#Document2zzzFN\\_Fd1](http://www.constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm#Document2zzzFN_Fd1)>.

LIMA, Martônio Mont’Alverne. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA, Cláudio Pereira de, et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 199-261.

MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 257-273.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: um teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia: separação de poderes: eficácia e efetividade do direito à saúde no judiciário brasileiro*. Observatório do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 21-42.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. p. 39-85.

\*Agradecimentos à Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), pelo apoio financeiro decorrente da concessão de bolsa Doutorado.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Biopolítica e direito no Brasil:  
a antecipação terapêutica do  
parto de anencéfalos como  
procedimento de normalização  
da vida**

**Biopolitics and right in Brazil:  
a therapeutic anticipation of  
anencephalic of birth as life  
standards of procedure**

Paulo Germano Barrozo de  
Albuquerque

Ranulpho Rêgo Muraro

# Biopolítica e direito no Brasil: a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos como procedimento de normalização da vida\*

## Biopolitics and right in Brazil: a therapeutic anticipation of anencephalic of birth as life standards of procedure

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque\*\*

Ranulpho Rêgo Muraro\*\*\*

### RESUMO

Este artigo delinea como o saber e a prática jurídica no Brasil sofrem a influência de uma matriz de racionalidade típica de nossa era, a biopolítica. Identifica a biopolítica, conceito criado por Michel Foucault, como uma configuração de práticas de poder que se estabeleceu nos séculos XVII e XIX e se desenvolveu mediante a aliança entre certa arte de governar e técnicas disciplinares de controle político do corpo, influenciando nas transformações das práticas jurídicas que passaram a gerir a vida em suas dimensões individual e coletiva. Assim, busca encontrar na manifestação do Supremo Tribunal Federal brasileiro elementos que demonstrem essa correlação. Para tanto, analisa o Acórdão resolutivo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 54, o qual autorizou a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos, como acontecimento biopolítico, um procedimento de normalização da vida, ao produzir um jogo de identidade entre saúde e dignidade humana.

**Palavras-Chave:** Biopolítica. Biopoder. Anencefalia. Direito. Normalização.

### ABSTRACT

This article outlines how the knowledge and the legal practice in Brazil are influenced rationality of a typical matrix of our era, biopolitics. Identifies biopolitics concept created by Michel Foucault as a power practice setting that was established in the seventeenth and nineteenth centuries and developed by the alliance between certain art of governing and disciplinary techniques of political control of the body, influencing the transformation of practices Legal who have to manage life in its individual and collective dimensions. Thus seeks to find the Federal Supreme Court manifestation Brazilian data showing this correlation. It analyzes the Judgment resolving the accusation of breach of fundamental precept N. 54, which authorized the therapeutic anticipation of anencephalic of delivery, such as bio-political event, a procedure for normalization of life, to produce a set of identity between health and dignity human.

**Key Words:** Biopolitics. Biopower. Anencephaly. Law. Normalization

\* Artigo convidado.

\*\* Psicólogo, Mestre em Psicologia pela PUC-SP, Doutor em Sociologia pela UFC e professor do curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro-FA7. E-mail: paulodealbuquerque@bol.com.br

\*\*\* Advogado, bacharel em Direito pela FA7.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo consiste em indicar uma compreensão desta prática social moderna, o Direito, a partir do conceito de Biopolítica<sup>1</sup>, lançando luz, desta forma, sobre as atuais práticas do direito e do Estado brasileiro acerca da gestão da vida, mais especificamente, sobre a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos. A partir, portanto, de um referencial teórico representado pelas obras de Michel Foucault, sua metodologia genealógica que relaciona poder e saber<sup>2</sup> e, porque não dizer, seu estilo de filósofo conhecido por reposicionar questões antes postas pela filosofia, pelo direito, pela sociologia e demais ciências humanas.

Compreender estas práticas jurídicas modernas a partir de suas relações com as práticas de poder<sup>3</sup>, possibilita perceber que, ao contrário de uma evolução da moral e de uma elevação da ética geral na sociedade, a qual progrediria em direção a um direito constitucional e fundamental da dignidade humana, o que vem ocorrendo, desde o século XIX, consiste em um colossal deslocamento das técnicas de exercício do poder, assim como dos lugares e saberes a partir de onde estas técnicas foram manejadas, o que esgarçou uma antiga forma de viver e pensar de modo avassalador por intermédio da imposição difusa, minuciosa, incomplacente de procedimentos biopolíticos de poder e saber, alicerçados na vigilância panóptica, constante, e no registro e classificação exaustivos e esmiuçados de casos e situações da vida cotidiana, seja do ponto de vista do controle do indivíduo ou do controle de uma população.

Pretende-se, assim, abordar o Direito sobre uma ótica, senão nova, diferente de como hegemonicamente é apresentada nos compêndios e compreendida pelos profissionais da área do direito<sup>4</sup> e da bioética<sup>5</sup>.

Para confirmar a hipótese de uma biopolítica que subjaz e organiza a normalização da vida nas sociedades modernas, analisar-se-á o conteúdo de um determinado julgado do Supremo Tribunal Federal.

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) acerca da inconstitucionalidade dos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal brasileiro. Esta ADPF requeria a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada no Código Penal. Em outras palavras, buscava a interpretação conforme a constituição do texto infraconstitucional, sem redução de texto.

A petição inicial argumentava que aquele conteúdo normativo consubstanciando no diploma penal entrava em confronto direto com valores jurídicos cuja inviolabilidade se expressava em sua aparição como dispositivos pétreos, os quais vinham a ser os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade (em sentido amplo), da liberdade e da autonomia da vontade, constantes da Magna Carta. Mais especificamente, que certa interpretação do texto penal é que confrontava os princípios constitucionais, daí o pedido requerer a interpretação da norma penal de acordo com os princípios constitucionais, sem redução de texto, de forma a declarar a exclusão de ilicitude da espécie de interrupção de gravidez.

Apesar de não passar despercebida a excepcional perspicácia jurídica do pedido, tanto em destacar o ineditismo do meio utilizado – a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – quanto a pre-

1 FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: M. Fontes, 2008; FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: M. Fontes, 2008; FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2011.

2 Cf. CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004; ROCHA, José M. de S. *Michel Foucault e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011; FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Saraiva, 2012; DUARTE, André. *Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI*. Disponível em: <[http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre\\_duarte.htm](http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre_duarte.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2012.

3 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

4 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: M. Fontes, 1998; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

5 Cf. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011. E também: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

tensão de alcançar um resultado de tamanha monta – Declaração de Inconstitucionalidade de Determinada Interpretação – a ponto de dividir os julgadores e trazer novamente à baila discussões da Corte sobre a fundação de novo ordenamento jurídico com nova constituição ou inexistência de inconstitucionalidade superveniente (atual compreensão do Supremo), não são estes elementos constitucionais ou processuais que se destacam do resultado.

O que se destaca na decisão prolatada não vem a ser, portanto, a solução hermenêutica meticulosamente formulada para a resolução das alegadas contradições entre diferentes níveis hierárquicos do ordenamento jurídico. Se este fosse o caso, a decisão favorável estaria suportada básica e essencialmente no dirimir destas questões de hierarquia, de supremacia constitucional, de supressão de lacunas legais, de ascensão de normas-princípios sobre normas-regras, as quais restariam demonstradas em densa e irrefutável análise hermenêutica. Enfim, a argumentação definitiva, aquela que embasaria, sem qualquer sombra de dúvida, a sentença, que definiria por si e de forma suficiente a *ratio decidendi*, referir-se-ia à autoridade de certos valores jurídicos sobre outros, a conferir à gestante, então, o poder necessário sobre o próprio corpo.

Entretanto, o que chama a atenção é de onde emana a força persuasória da sentença: as razões cuja força compõe seu vetor persuasório, aquelas que carregam o condão de sustentação e propõe a sua inteligibilidade, a racionalidade argumentativa que autoriza não somente a abertura do exame do problema proposto, mas orienta a aceitação da tese do arguente. O que chama a atenção é que sejam exatamente as razões e a força de um saber e de uma verdade externos ao direito, este saber que se apresenta com a autoridade de um saber científico. É a verdade do saber médico que afirma que o feto sem cérebro é um corpo inviável, é, ademais, a afirmativa médica de que a mãe põe sua saúde em risco, mais do que a autonomia da mulher sobre o seu próprio corpo, sobre si mesma, que fundamenta a decisão do STF.

Identificaremos, a partir dos conceitos foucauldianos e seus desdobramentos, como esta configuração do saber jurídico e sua aliança com saberes externos indica uma rede, teia ou diagrama com inteligibilidade própria e historicidade singular, no qual se dispõe taticamente as relações de poder imanentes ao corpo social em sua positividade, e as repercussões destas na produção de saber, e do saber jurídico presente na jurisprudência. Saber jurídico que carrega consigo esta potência fática de movimentar todo o dispositivo, toda a máquina, e de estabelecer, em referência à Lei, a diferença de gestão entre o que vale, o que se obedece, e o que permanece em segundo plano a espera de valer.

O Direito contemporâneo está profundamente marcado pelas práticas de poder da biopolítica. É o que veremos aqui: como o direito se inseriu na administração da vida, permeabilizado que foi por uma matriz de racionalidade característica do biopoder, mais delimitadamente de sua configuração biopolítica, e chegou a identificar, a tornar idênticas, deste modo, a saúde da mulher e sua “dignidade” quando estiver reproduzindo – identidade entre saúde e dignidade humana.

## 2. DIREITO E BIOPOLÍTICA

A partir de quando o Estado, o direito e a sociedade passaram a ocupar-se dos nascimentos, das técnicas de nascimento, do registro, do acompanhamento, da vigilância, do exame, da estatística deste evento com o qual se insere mais um corpo vivo no mundo? Para responder a essa pergunta, precisamos compreender a gênese do biopoder nas sociedades modernas, incluindo sua inserção na realidade brasileira.

## 2.1. Breve histórico das configurações de poder

Seguindo o percurso apresentado por Gadelha<sup>6</sup>, podemos traçar linhas gerais do desenvolvimento e mútuo entrelaçamento de diferentes tecnologias de exercício do poder na Europa, ou seja, de uma história da dominação nas sociedades ocidentais.

Na Alta Idade Média, a partir do séc. XII, as monarquias feudais agenciam um discurso que reativava o direito romano, encomendava uma teoria jurídica e teológica que terminou por se estabelecer como a teoria do poder soberano, explicando a legitimidade do Rei e a obrigação da obediência.

O direito como saber aciona o exercício deste poder absoluto, o poder soberano, o qual não é, no entanto, o único a manifestar-se hegemonicamente neste período. Como explicar que a Igreja, instituição das instituições, milenar, possuísse tal supremacia na Idade Média? O poder eclesiástico, nada desprezível, organizava-se segundo outras técnicas, de pastoreamento, de acompanhamento constante, não se preocupando com o território, porém com o fluxo inconstante dos homens. O poder pastoral rege a consciência dos homens e trata mesmo de produzir uma consciência individual por meio da técnica da confissão.

Durante o Renascimento, nos séculos XV e XVI, o poder pastoral<sup>7</sup> adquire novos contornos e reforço com a reforma protestante (que introduz as noções de autogoverno, autocondução e do governo das crianças) e a contra-reforma pós Concílio de Trento.

Percebe-se o aparecimento de uma razão interna no interior do Estado diferente da razão de direito. O Estado inicia por produzir um novo saber, associado a uma nova técnica de exercício de poder, na qual passa a cuidar de seu território e de seus recursos, entre eles o estado de saúde da população, segundo uma lógica de economia familiar. Portanto, a este novo modo de exercer o poder, apesar de Foucault não utilizar esta terminologia, poderíamos chamar poder governamental, caracterizado como um projeto político de conduzir a conduta de uma população.

As técnicas de poder governamental diferenciam-se das do poder soberano. O poder soberano visa à conquista e manutenção de um território, o confisco dos seus bens e a tributação de seus produtos, e dá a si mesmo a capacidade de levar à morte quem a ele se opuser; posiciona-se transcendente e exteriormente frente ao dominado; é recebido por herança, aquisição ou conquista, e mantido por violência e tradição; sua finalidade é cíclica e consiste tão somente em garantir a obediência a si mesmo.

O poder governamental, nesta forma preliminar assemelhada a uma arte de governar, por sua vez, caracteriza-se por uma pluralidade de práticas imanentes consubstanciadas na ação de magistrados, prelados, juízes, pais de família, padres, pedagogos, etc, e objetiva o governo não apenas do território, mas possui uma matriz de inteligibilidade semelhante ao governo da casa, da ordem religiosa, do internato, de forma que objetiva administrar coisas (riquezas, recursos, meios de subsistência, território – fronteiras, geografia, clima, fertilidade do solo) e homens (costumes, hábitos, formas de agir e de pensar, acidentes, desgraças – fome, epidemia, morte).

Nos séculos XVII e XVIII, testemunha-se o início da difusão de uma estratégia de exercício de poder já conhecido nos claustros, mosteiros e conventos, exércitos e oficinas: a disciplina. Trata-se de uma tecnologia política do corpo, inicialmente, sustentada pelas técnicas de vigilância hierárquica, sanção normalizadora e exame.

O séc. XVIII vê a disciplina alastrar-se por sistemas punitivos, produtivos, pedagógicos, médicos, familiares, militares. Os efeitos de sua aplicação indiscriminadamente eficaz na extremidade capilar do exercício do poder atinge uma gama variada de saberes desde a arquitetura à medicina, configurando um diagrama estratégico, um dispositivo disciplinar permeando a sociedade, atravessando as relações sociais.

6 GADELHA, Sylvio. *Biopolítica, governamentalidade e educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

7 Cf. REVEL, Judith. *Dicionário Foucault*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.



Principia-se a construção de um saber sobre o homem em seu substrato de vida, o seu corpo, que se trata justamente de um saber político sobre a submissão do corpo. O aparecimento do homem como objeto de conhecimento é consequência dessa sujeição política do corpo:

o corpo só se torna útil se é ao mesmo tempo corpo produtivo e corpo submisso. Essa sujeição não é obtida só pelos instrumentos da violência ou da ideologia; pode muito bem ser direta, física, usar a força contra a força, agir sobre elementos materiais sem no entanto ser violenta; pode ser calculada, organizada, tecnicamente pensada, pode ser sutil, não fazer uso de armas nem do terror, e no entanto continuar a ser de ordem física. Quer dizer que pode haver um “saber” do corpo que não é exatamente a ciência de seu funcionamento, e um controle de suas forças que é mais que a capacidade de vencê-las: esse saber e esse controle constituem o que se poderia chamar a tecnologia política do corpo<sup>8</sup>.

Há uma modificação da literatura e das práticas indicando que “houve, durante a época clássica, uma descoberta do corpo como objeto e alvo do poder”.<sup>9</sup>

As duas vertentes desta descoberta são o conhecimento explicativo do corpo do homem e o conhecimento funcional do corpo do homem. O primeiro concentrado na anatomia e na metafísica cartesiana; o segundo, focado nas regras de submissão e controle. As duas vertentes buscavam o esmiuçar infinitesimal de seu objeto e suas variáveis ou incógnitas:

Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõe uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar “as disciplinas”<sup>10</sup>.

As disciplinas tornaram-se, segundo Foucault, as fórmulas gerais de dominação.

## 2.2. O nascimento do biopoder

O nascimento do biopoder ocorre quando o poder disciplinar associa-se a uma técnica específica do poder pastoral, a confissão, a qual havia sido já amplificada e metamorfoseada, de modo a ter gerado um dispositivo<sup>11</sup> de sexualidade<sup>12</sup>, enquanto o poder pastoral fora responsável, mediante a operação da noção cristã de carne, pelo exame de consciência mediante a confissão, de forma a exigir a produção de uma verdade interior, a sexualidade fora produzida, na era moderna, como suporte de veridicção da ontologia humana, na qualidade de ser vivente.

O poder disciplinar compara, diferencia, hierarquiza, homogeneiza, exclui; o dispositivo da sexualidade acionava sistemas punitivos (justiça), medicina, psicologia, educação, assistência pública, família, com o objetivo de fazer falar (confessar), de multiplicar a ordem dos discursos acerca da sexualidade, exigindo que o próprio sujeito declarasse sua verdade e agenciando saberes interpretativos e medicativos que identificam no sexo a causa geral, difusa e latente da volição e do comportamento.

O poder disciplinar passa a classificar, multiplicar as sexualidades polimorfos, transmutando-se em uma anátomo-política direcionada a controlar certo nível de profundidade no homem, e assim produz a norma e a normalização.

Foucault afirmava que o poder era um feixe que atravessava os corpos. Com o biopoder, observamos os corpos individuais trespassados pelos dispositivos disciplinares presentes em um amplo arco de instituições tais quais a escola, a fábrica, o exército, o hospital e a clínica.

8 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2000. p.26.

9 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2000. p.117.

10 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2000. p.118.

11 “Através deste termo [dispositivo] tento demarcar [...] um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre estes elementos” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p. 244)

12 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2011. v.1.

Mas, o biopoder atravessa também o corpo da espécie humana, a população. Quando esta instituição a partir da qual se propõe governar a conduta dos homens e cuja razão interna produz um conhecimento sobre o governo dos homens – o Estado moderno – apropriou-se dos mecanismos disciplinares a fim de regular as populações, observou-se o nascimento da biopolítica: específico exercício estratégico e organizado do biopoder, surgido desta aliança entre governamentalidade, disciplinas e dispositivo da sexualidade, agenciando a medicina social, a psiquiatria, orientando a atuação do Estado segundo uma diretriz de racismo biológico, com fins de regulamentação das populações.

O homem, para o poder, aparece, agora, como o corpo vivo do biopoder, seja o corpo do indivíduo (anátomo-política) seja o corpo da espécie humana e seus fenômenos próprios (biopolítica):

Os governos percebem que não tem que lidar simplesmente com sujeitos, nem mesmo com um “povo”, porém com uma “população”, com seus fenômenos específicos e suas variáveis próprias: natalidade, morbidade, esperança de vida, fecundidade, estado de saúde, incidência das doenças, forma de alimentação e habitat.<sup>13</sup>

O biopoder redundava em uma medicalização da vida centrada no dispositivo da sexualidade, que desloca a episteme moderna, reorganiza a microfísica do poder, substitui os modos de subjetivação, e age em rede por meio de quatro principais diretrizes: a histerização do corpo da mulher, a pedagogização do sexo da criança, a socialização das condutas de procriação e a psiquiatrização do prazer perverso, com vistas à normalização e regulamentação social. A justiça penal permeia-se das técnicas de exame, transformando o julgamento e a sentença em mais um procedimento de normalização.

A biopolítica apreende do dispositivo da sexualidade seu objeto, a população entendida como substrato da vida e de fenômenos da vida (doenças, saúde, mortalidade, natalidade, vitalidade), a população como representação da espécie viva; e do dispositivo disciplinar, as testadas, eficazes e eficientes tecnologias de intervenção, de recompensa e punição, de incentivo e desestímulo, de vigilância permanente de determinados índices pelos quais se constrói incessantemente a normalidade, o padrão: o exame e a normalização.

Não havia como as práticas jurídicas esquivarem-se de uma racionalidade biopolítica, pois o aparelho judiciário era parte integrante desta estratégia de governamentalidade. A jurisprudência de conceitos prescindindo do código e a identificar a lei com a **norma do julgado** e a categoria de mutação legal conformavam o saber jurídico à episteme disseminada pelo poder disciplinar, vigilante e normalizador, confirmando que:

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros [...]; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade.<sup>14</sup>

Técnicas e procedimentos para a obtenção da verdade, regime de verdade, regras de verificação que se expandem entre os diversos saberes em uma determinada época, e explicam a sociabilidade daquela época. A história observa a

[...] modificação nas regras de formação dos enunciados que são aceitos como cientificamente verdadeiros [...]. O que está em questão é o que *rege* os enunciados e forma como estes se *regem* entre si para constituir um conjunto de proposições aceitáveis cientificamente [...]. Em suma, problema de regime, de política do enunciado científico. Neste nível não se trata de saber qual é o poder que age do exterior sobre a ciência, mas que efeitos de poder circulam entre os enunciados científicos; qual é o seu regime interior de poder; como e porque em certos momentos ele se modifica de forma global.<sup>15</sup>

Emergia, portanto, um poderoso aparato normalizador nas sociedades contemporâneas: os juízos e os tribunais, enunciando um saber-poder no qual se continha a forma e os objetivos do exame, compreendido como regime de verdade. Não mais voltados para a resolução de conflitos mediante mera interpretação do

13 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2011. v. 1. p. 30-31.

14 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p. 12.

15 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p. 4.

cânone legal, texto que durante algum tempo havia gozado da presunção de inspiração imediata da soberana razão humana.

Nesse momento, o poder judiciário, para formar sua convicção, cuja emanção pode-se acompanhar da ativação de um sistema microfísico de poder a fim de garantir a obrigação da obediência, utiliza-se de uma matriz de racionalidade biopolítica cujas regras de veridicção, cujo regime de verdade se proceduraliza na forma do exame com fins de normalização. O que significa, também, afirmar a aliança entre as práticas judiciárias historicamente alicerçadas no poder soberano e as práticas médicas alicerçadas no poder disciplinar – espécie do biopoder. O biopoder possui uma estratégia de aplicação tão superior à soberania que, invés de aposentá-la, reforça-a, dela se utilizando.

### 2.3. Medicina social e biopolítica

Na segunda metade do século XVIII, a institucionalização do olhar médico, após a aplicação ampla e exitosa de uma tecnologia política do corpo, faz emergir e desenvolver-se uma tecnologia política das populações. Vemos nascer e aperfeiçoar-se um novo saber, a medicina social, e junto com ela o crescimento de um dispositivo de poder que gradativamente passa a ser instrumentalizado pelos governos na condução das populações abrigadas em determinado território:

[...] o capitalismo, desenvolvendo-se em fins do século XVIII e início do séc. XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou ela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política.<sup>16</sup>

Foucault identifica três formas históricas diferentes em que o controle dos aspectos viventes das populações, incluídos os fenômenos próprios da população como suporte de vida, o ambiente onde se dava este aglomeramento – as cidades – e a progressiva característica administrativa deste saber, desenvolveram-se: Na Idade Moderna, séc. XIX e XX, observamos o nascimento da medicina de estado na Alemanha, da medicina urbana na França, e da medicina de classe na Inglaterra.

Na Alemanha, a medicina social recebeu contornos de política de estado, resultando em uma complexa ciência estatal, ocupada do registro minucioso com ênfase na compreensão de endemias e epidemias. Porventura, sua direta associação ao Estado e seu alvo político (de forma a produzir a realidade política do cidadão) tenha resultado, também, da unificação tardia dos povos germânicos.

A França testemunhou o desenvolver de uma medicina urbana – a que influenciou a experiência brasileira – a qual visava o tratamento do meio, isto é, a cidade, a fim de garantir a salubridade do ambiente. A higienização do meio influi na arquitetura, na infraestrutura citadina, racionaliza e regulamenta as condições de vida, integra e coordena uma pluralidade de jurisdições dissonantes. A medicina social urbana destaca-se, sem dúvida, por ter debelado a peste que assolava a Europa de geração em geração desde o século XIV por meio da política médico-sanitária, higienista, e na qualidade de estratégia essencialmente biopolítica, ao introduzir a técnica de quarentena como remédio para o meio, a cidade. Com efeito, a quarentena distinguia-se em essência daquela técnica da exclusão que, após dar cabo da lepra no século XVI, voltara-se ao controle da loucura.

A Inglaterra, berço da revolução industrial, executou a medicalização massiva do proletariado, editando a Lei dos pobres, construindo a assistência à saúde como controle autoritário dos trabalhadores, obrigando a vacinação pública, tudo de modo a afastar ou mitigar a periculosidade das enormes e ameaçadoras aglomerações urbanas de trabalhadores, vagabundos e ladrões nas periferias das grandes cidades.

16 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1993. p. 79-80.

No Brasil, costuma-se creditar o sucesso da fabricação de um Estado Nacional pós-independência ao poder repressor militar que suprimiu violentamente os poderes separatistas das províncias e as grandes revoltas populares. Não há dúvida, porém, que a medicina social foi agenciada como tecnologia biopolítica para a formação do Estado nos centros urbanos, por meio da tecnologia francesa de higienização da cidade:

Quando se investiga a medicina do século passado [séc. XIX] – em seus textos teóricos, regulamentos e instituições – se delinea, cada vez com mais clareza, um projeto de medicalização da sociedade. A medicina investe sobre a cidade, disputando um lugar entre as instâncias de controle da vida social.<sup>17</sup>

E:

A medicina que, desde o início do século XIX, lutava contra a tutela jurídico-administrativa herdada da Colônia, deu um largo passo em direção à sua independência, aliando-se ao novo sistema contra a antiga ordem colonial. Este progresso fez-se através da higiene, que incorporou a cidade e a população ao campo do saber médico. Administrando antigas técnicas de submissão, formulando novos conceitos científicos, transformando uns e outros em táticas de intervenção.<sup>18</sup>

Este saber médico que se constituía no Brasil agenciava, ainda, saberes outros como a estatística, a geografia, a demografia, a topografia, a história; e instituições como a família e a escola.

Portanto, a biopolítica se configura, também no Brasil, como uma estratégia de exercício de poder que se refere especificamente a uma racionalidade intrínseca ao modo de governar disseminado em nossa contemporaneidade, a uma estratégia do governar localizada historicamente cujas características resultam da aplicação e adequação pelo poder governamental das técnicas disciplinares de produção do corpo moderno, mediante o agenciamento de diversos saberes – dentre os quais se destaca a medicina social – para fins de produção da população moderna, e que portanto, também estão na base das transformações das práticas jurídicas no Brasil.

### 3. O JULGAMENTO DA ADPF N. 54

Em 12 de abril de 2012, publicou-se o inteiro teor do acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N. 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS em 17 de junho de 2004, constando como relator o Ministro Marco Aurélio. Este acórdão recebeu o pedido formulado pela autora no sentido de declarar inconstitucional a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, que incluísse a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos na tipicidade de aborto.

Queremos tratar este acórdão no sentido que a genealogia de Foucault (1993) transmite ao seu objeto de análise: como acontecimento biopolítico que demonstra a relação entre as práticas jurídicas e as práticas de poder que percorrem uma sociedade. Por isso, interessa explicitar qual o substrato que torna possível, politicamente, os discursos que são tornados funcionais nesta decisão judicial.

Desta forma, as razões da exordial e as principais teses levantadas estão sintetizadas pelo julgador na seguinte citação que, apesar de longa, não permite escapar nenhum argumento relevante do conflito e serve perfeitamente como resumo inicial:

Funda-se, a arguente, nos seguintes argumentos, em síntese: (a) a anencefalia é má-formação que causa defeito no fechamento do tubo neural no processo da gestação, o que faz com que o feto não apresente os hemisférios cerebrais e o córtex, e fique apenas com resíduo do tronco encefálico. Em razão disso, não há o desenvolvimento das funções cerebrais superiores do sistema nervoso central: consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Apenas presentes as

17 MACHADO, Roberto et al. *Danação da norma*. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 19.

18 COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. São Paulo: Graal, 2004. p. 28.

funções de controle parcial da respiração, funções vasomotoras e a medula espinhal. Com este quadro, fatal a anencefalia em 100% dos casos. E ainda que haja sobrevivida por alguns instantes (em 65% dos casos a morte ocorre dentro do útero), a morte é certa e o quadro, irreversível; (b) a gravidez de feto anencéfalo é mais gravosa. Segundo a Federação Brasileira de Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO, eis os complicadores: a duração da gestação tende a ser superior a 40 semanas; aumento do volume do líquido amniótico; associação de doença hipertensiva específica da gestação; associação com vasculopatia periférica de estase; alterações de comportamento e psicológicas de monta; dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto; necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; necessidade do registro de nascimento e sepultamento do recém-nascido, com passagem pela delegacia de polícia para registro do óbito; necessidade de bloqueio da lactação; puerpério com mais casos de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina; e maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo. (c) como não há o que possa ser feito pelo feto, sua retirada é a única indicação terapêutica para a gestante; (d) a retirada do feto por médico habilitado constitui antecipação terapêutica do parto, e não aborto ao feitiço do Código Penal, crime cuja característica é a morte de feto viável para a vida extrauterina causada por procedimento abortivo. Na anencefalia, não há perspectiva de vida extrauterina, o que afasta a caracterização de aborto eugênico, inexistente seleção de fetos, ausente possibilidade de vida; (e) a anencefalia só não é causa de excludente de ilicitude, nos moldes do art. 128 do Código Penal, porque, à época de aprovação da lei (1940), não havia diagnóstico preciso para a má-formação; (f) **ofensa à dignidade humana da gestante (art. 1º, III, CF) pois a aplicação dos dispositivos referentes ao aborto à espécie representa forma de imposição de sofrimento físico e moral à mulher**, sujeita aos riscos e à certeza inafastável da morte do ser gestado, em situação equiparável à tortura; (g) afronta ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF), na medida em que não subsumível, a interrupção da gravidez em caso de anencefalia, nas hipóteses de aborto, e à liberdade da mulher, enquanto impõem, as decisões proibitivas, em tais circunstâncias, obrigação não prevista em lei; (h) **violência ao direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF) pelo comprometimento do bem-estar físico, mental e social da gestante, submetida, na gravidez de fetos anencéfalos, a maiores riscos físicos e agravos psicológicos. Acrescenta que a retirada do feto é o único meio de preservar a saúde da mulher e que essa forma de tratamento é, por óbvio, escolha pessoal.**<sup>19</sup> (Grifo nosso)

Registre-se que não houve manifestação contrária. Tanto a Advocacia-Geral da União como a Procuradoria Geral da República concordaram integralmente com o pedido da CNTS.

### 3.1. Exame, normalização e decisão judicial

Conforme vimos, a biopolítica opera mediante a formação de saberes que constroem verdades por procedimentos de exame, ao qual correspondem a vigilância hierárquica e a ação normalizadora.

Onde se verifica, nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a técnica de vigilância hierárquica? Na atividade médica, sem dúvida. Não é o judiciário que se ocupa da continuada observação dos fenômenos da vida, porém, os efeitos desta observação encontram-se demasiado presentes na apresentação dos discursos e argumentos dos *amici curiae* da Corte elencados entre as páginas 20 e 31 do relatório do Acórdão.

Alguns utilizam-se de argumentos de cunho ético-jurídico, tais como a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, A Igreja Universal do Reino de Deus (que curiosamente enfatizou a liberdade da mãe, invés da sacralidade da vida), a Organização Católica pelo Direito de Decidir, a Frente Parlamentar em Defesa da Vida, o Movimento Nacional de Cidadania em Defesa da Vida (cuja representante, professora do De-

19 ACÓRDÃO, Inteiro teor do documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1902338. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

partamento Molecular da Universidade de Brasília, atenta para o incipiente estágio do saber médico sobre a matéria acerca da qual se decidiria).

O discurso técnico, aquele com estatuto de cientificidade, emana do campo dos renomados profissionais, cuja posição institucional atende ao critério de credibilidade pública, como o integrante do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e livre-docente da Universidade Federal do Rio de Janeiro, as médicas presidentes das Associações Médico-Espírita Internacional e do Brasil, o aposentado professor das Universidades de São Paulo e Campinas, também deputado federal, e um representativo rol de outros profissionais e especialistas médicos, antropólogos e sociólogos.

Também emana o discurso técnico a partir da instituição mesma, a conferir maior poder de convicção tão somente em função do local de onde se fala, como o Conselho Federal de Medicina, a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Ministério da Saúde, além da própria Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde, patrocinadora da Ação.

A realidade do feto anencefálico já havia sido objeto de normatizações no âmbito do poder regulamentar corporativo médico, por meio das Resoluções do Conselho Federal de Medicina números 1.480/97 (a qual discrimina os exames complementares a serem observados com fins de constatação de morte encefálica, os quais devem demonstrar, inequivocamente, ausência de atividade elétrica ou metabólica cerebral ou inexistência de perfusão sanguínea neste órgão) e 1.752/2004 (a qual estabeleceu serem os anencefálos natimortos cerebrais) e o Parecer 24/2003 do mesmo órgão (do qual decorre a resolução que indica a inutilidade dos órgãos provenientes de fetos anencefálicos para transplantes, em razão de hipoxemia).

O debate entre os magistrados traz para a mesa decisória os elementos de vigilância amplamente dispostos na sociedade: estatísticas, porcentagens, projeções, comparações, bem como o tratamento destes dados mediante procedimentos de exame. Tal procedimento, por constituir-se de modo de produção de verdades, aparece também na formulação de outras categorias das ciências humanas traduzidas pela noção de normalidade moral e aceitação social.

A análise do Acórdão indica quatro linhas de argumentação principais: a primeira, denegatória do pedido, defende que sua aceitação implicaria na criação de norma positiva pelo judiciário, em confronto com a separação de poderes, posto que esta seria função exclusiva do Poder Legislativo; a segunda, também negativa, buscou assegurar com mais vigor a proteção do feto anencefálico por nosso ordenamento jurídico.

As demais atenderão ao pedido e, no entanto, para fazê-lo, precisarão dobrar-se perante um procedimento normalizador. É de fato impressionante como a normalização opera no judiciário, porque se criam, na verdade, julgamentos excepcionais, formatados para a ocasião e, por este motivo, absolutamente imprevisíveis, uma vez que a norma (não a norma jurídica, mas a norma da normalização) nunca está previamente estipulada, deve sempre se constituir na comparação do instante em que ela se forma.

Assim, a terceira linha argumentativa receberá o pedido mediante o acréscimo de sentido à lei, que passaria a significar mais do que seu texto indica, autorizando explicitamente a possibilidade de o tribunal exercer jurisdição aditiva, ou seja, pura e simplesmente legislar.

A quarta, que representa a orientação vitoriosa do Acórdão, negando tratar-se de atividade legislativa pelo judiciário, aceitará o pedido mediante exclusão do fato à incidência da lei, portanto, em certo sentido, subtração de sentido à lei. Para isso, no entanto, precisará elaborar a identidade entre saúde e dignidade humana, como explicitaremos mais à frente.

Verifiquemos como a normalização incide em uma decisão judicial a ponto de permitir a atividade legislativa pelo judiciário mediante a inclusão de sentido a uma lei em pleno julgamento de uma ação, mesmo

que ação originária da Corte Constitucional. Trata-se do conflito entre a primeira e a terceira linhas argumentativas.

Quando representante da força que pretendia negar o provimento do pedido, manifestava-se como exe-gese dos textos jurídicos:

[...] **a autora [...] em verdade pretende que a Corte** elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que **usurpe a competência privativa do Congresso Nacional** para criar, na espécie [...] o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude.<sup>20</sup> (Grifo nosso)

Porém, veja-se como a hermenêutica jurídica, traduzindo um procedimento normalizador, absorve na forma de conhecimento que a lei não é a norma – portanto, é possível movimentar certo exercício de poder pelo aparelho judiciário em um sentido estritamente meta-legal:

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. **A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas** relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. Em verdade, é preciso deixar claro que a prolação de decisões interpretativas com efeitos aditivos não é algo novo na jurisprudência do STF.<sup>21</sup> (Grifo nosso)

Complementando:

Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal [...] acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de **decisões manipulativas de efeitos aditivos**.<sup>22</sup> (Grifo nosso)

Neste ponto, o referido voto afirma com clareza que o judiciário – em espécie, o STF – autorizaria a si mesmo a legislar, a criar normas de conduta universalizantes, frente à omissão do Poder Legislativo. No que é complementado, com outra fundamentação, *para o caso específico*:

**É que se registra, em referida situação, hipótese configuradora de causa supralegal de exclusão da culpabilidade** que se revela apta a descaracterizar a própria delituosidade do fato.<sup>23</sup> (Grifo do autor)

E:

**Nessa específica situação, a causa supralegal mencionada traduzirá hipótese caracterizadora de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que inexistente, em tal contexto,** motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, *inutilmente*, a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, **com** grave dano à sua saúde e com possibilidade, *até mesmo*, de risco de morte, **consoante esclarecido** na Audiência Pública que se realizou em função deste processo.<sup>24</sup> (Grifo nosso)

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio.

Como vimos, há espaço no saber jurídico para o acréscimo de sentido ao texto da lei. Isto não é novidade alguma, apenas os exemplos colhidos demonstram a acuidade conceitual contemporânea, o linguajar tecnológico. Esta função normalizadora, no entanto, já era compreendida na hermenêutica jurídica desde o recurso à “intenção do legislador”, inclusive invocada também neste julgado, a qual nada mais era que a transmissão para o texto da lei das necessidades do tempo da interpretação. Poder-se-ia observar que tal método é muito mais eficiente que a exegese da lei, e estar-se-ia pronto a concordar com isto: efetivamente, é muito mais eficiente. O que se pretende realçar é a direção desta eficiência e como está impregnada de uma razão governamental gerida por uma biopolítica a ponto de operar a exclusões biomédicas do ordenamento jurídico, com justificativas biomédicas e objetivos biopolíticos, ou concernentes à medicina social. É o que resta tanto mais comprovado quando um ministro da Suprema Corte deixa absolutamente cristalino que “A questão deve ser tratada como uma política de assistência social eficiente”.<sup>25</sup>

Por certo, para a atual tradição jurídica não é estranho admitir que as decisões judiciais absorvam, em suas razões, questões de outra ordem que não somente o ordenamento proveniente da lei: que o direito (o alcance do poder do aparelho judiciário) é mais abrangente que a lei. Esta definição e sua aplicação possui já mais de um século e meio de desenvolvimento e são reflexo da atuação do judiciário como órgão normalizador.

### 3.2. A identidade entre saúde e dignidade humana

A segunda e a quarta direções argumentativas referem-se não à elasticidade da Lei, mas à relatividade de seus objetos. Ainda mais poderosa que aquela, porque não busca vergar a lei, porém elide o solo sobre o qual aquela pretendia incidir. Faz desaparecer o objeto de incidência da mesma.

A versão denegatória, como que percebendo que a autorização da antecipação terapêutica iria basear-se na preservação da saúde integral da mulher (identificada com sua dignidade humana, e para cujo governo regulamentar se fundou a subjetividade autônoma e autodeterminada), principalmente a saúde psíquica, afirmava:

O sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. [...] o que o sistema jurídico não tolera não é o sofrimento em si, porque seria despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento. Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético [...] de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas<sup>26</sup>.

Esta compreensão do sofrimento como constitutivo da condição humana, destaca-o como ponto de dispersão a partir do qual emergem escolhas individuais e delinea-se uma biografia. Iguala a dignidade da vida às escolhas com origem na experiência do sofrimento. A dignidade da vida tornar-se-ia o cuidado de si no seio do sofrer, uma escolha entre duas tristezas inexoráveis, porque constitutivas:

Mas esta visão de sofrimento não prosperará. Antes, na visão que prevalece no bojo do voto vencedor, o sofrimento será encarado como fonte de perigosa anormalidade em um quadro que deveria ser harmônico, disfunção psíquica ou física, atributo ou semelhança de doença, patologia que origina risco de morte, espaço para o suicídio, algo que necessita de cuidados médicos e proteção do Estado.

Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.



A decisão não trata, portanto, da autonomia da mulher sobre o próprio corpo, mas da preservação de sua saúde integral, física, psicológica – a qual exigiu e operou a retirada do ordenamento jurídico daquele específico ser humano cujo corpo já estava retirado da prática médica, o anencéfalo, a monstrosidade. Melhor dizer: a decisão trata da autonomia da mulher, mas sua autonomia não passa de subsídio para a manutenção de sua saúde. A autonomia da mulher é invocada para operar os efeitos de poder em seu corpo. Onde está a autonomia feminina, os direitos sexuais e de reprodução, em todo este processo? Afirma-se que:

Embora o direito à vida do nascituro tenha um valor muito elevado, ele não se estende ao ponto de eliminar todos os direitos fundamentais das mulheres à autodeterminação. Os direitos das mulheres podem gerar situação em que seja permissível em alguns casos, e até obrigatório, em outros, que não se imponha a elas o dever legal de levar a gravidez a termo... Isto não significa que a única exceção constitucional admissível (à proibição do aborto) seja o caso em que a mulher não possa levar a gravidez até o fim quando isto ameace sua vida ou saúde. Outras exceções são imagináveis. Esta Corte estabeleceu o **standard do ônus desarrazoado para identificação destas exceções**... O ônus desarrazoado não se caracteriza nas circunstâncias de uma gravidez ordinária. Ao contrário, o ônus desarrazoado tem de envolver uma medida de sacrifício de valores existenciais que não possa ser exigida de qualquer mulher. Além dos casos decorrentes de indicações médicas, criminológicas e embriopáticas que justificariam o aborto, outras situações em que o aborto seja aceitável podem ocorrer. **Este cenário inclui situações psicológicas e sociais graves em que um ônus desarrazoado para a mulher possa ser demonstrado**<sup>27</sup>.(Grifo nosso)

Ora, nada mais normalizador que um ônus desarrazoado, que nunca há de ser verificado na fala do “ser autodeterminado”, mas na fala do outro ser, outro saber-poder, o psicólogo, o psiquiatra, o assistente social, o médico, e deverá sempre ser verificado *in locis*. A autodeterminação está, assim, em função deste pequeno campo construído por estes saberes, aliás. É a forma como eles incidem sobre o corpo sujeitado. A autodeterminação é uma função intrínseca à operação destes saberes. É um efeito de sujeição.

Estamos tratando, efetivamente, da autorização de um procedimento médico, de autonomia do poder médico. Invocar a autonomia da mulher caracteriza por certo uma sábia argumentação jurídica, vez que permite tangenciar estes outros princípios constitucionais fundamentais que autorizam a recepção da ADPF.

Pelo que se diz acima, imprescindíveis são as alegações contrárias à antecipação terapêutica de caráter puramente médicas. Estas premissas não se alicerçam em fundamentos universais e abstratos de dignidade de toda e qualquer vida humana, da liberdade da mulher e correlatos; busca atacar cirurgicamente as justificativas médicas a favor da antecipação terapêutica do parto de anencéfalos e fundamentam-se, respectivamente: contra a analogia entre morte encefálica e anencefalia, indicando inclusive a rejeição da retirada de órgãos deste último antes de sua parada cardíaca, como que identificando-a como o momento biológico de sua morte (então, o anencéfalo está vivo e protegido pelo direito); e a impressionante recomendação de não interrupção da gravidez para o aproveitamento dos órgãos do bebê anencéfalo. Assim dispõe:

[...] a Associação Médica Americana não aceita a equivalência da anencefalia à morte encefálica, tendo proibido a possibilidade de retirada dos órgãos de tais fetos para a realização de transplantes. Apontou a existência da Portaria nº 487, do Ministério da Saúde, cujo artigo 1º prevê que a retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato encefálico para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível<sup>28</sup>.

E:

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

[...] a neurociência demonstra que o anencéfalo tem substrato neural para desempenho de funções vitais e consciência, o que contraindica a interrupção da gravidez, possibilitando a disponibilização dos órgãos do recém-nascido para transplante<sup>29</sup>.

Não lograram assertar, porém, demonstração de razões médicas que contraindicassem a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos no que tange à saúde da mulher. E era, justamente, esta a questão que importava regular.

Além disso, a saúde das mulheres gestantes de anencéfalos será examinada mais em sua profundidade psicológica que por seus efeitos físicos.

Há, sem dúvida, a remissão a riscos físicos maiores que em uma gravidez normal. Contudo, o efeito devastador acentua-se no mundo interior, profundo, da saúde humana, no espaço de leis próprias onde se geram os comportamentos e suas recônditas motivações. Poder-se-ia dizer: a saúde da autonomia é que precisa ser protegida.

O argumento da ameaça ao direito à saúde não se baseou no pressuposto do risco inerente a qualquer gravidez, mas na evidência empírica da tortura física, psicológica e moral que o dever da gestação de um feto anencefálico impõe a uma mulher.<sup>30</sup>

Donde o aparecimento deste antigo objeto de estudos de Foucault, o saber psiquiátrico. Segundo Foucault, a psiquiatria conforma o modelo geral do saber-poder nas sociedades reguladoras: exercem poder e produzem saber simultaneamente por meio de procedimentos de exame amparados na vigilância hierárquica e na exclusão normalizadora. A Associação Brasileira de Psiquiatria manifesta-se da seguinte forma:

[...] a interrupção da gravidez aconteceu porque a vida do bebê não era viável e não porque a gravidez era indesejada”. [...] em nome da saúde mental da mulher, a Associação Brasileira de Psiquiatria defende a autodeterminação da gestante para decidir livremente sobre a antecipação terapêutica do parto em gravidez de feto anencéfalo e o dever do Estado em garantir-lhe assistência governamental em relação aos cuidados protetivos à respectiva saúde, em especial, à saúde mental. Esclareceu que a obrigatoriedade de levar a termo a gestação pode desencadear na mulher um quadro psiquiátrico grave<sup>31</sup>.

Perceba-se inicialmente a necessária exclusão normalizadora da vontade na origem da interrupção da gravidez: esta não pode se dar por motivo de desejo, de falta de desejo de concluir a gravidez. Ora, o interesse pela motivação do sujeito não é um dado natural na persecução da verdade jurídica, ou melhor, na construção do saber jurídico, na efetivação de seu poder, mas uma construção histórica. Com efeito, a volição, tal como a conhecemos, é também um produto histórico agenciado para a preservação da saúde do indivíduo. Mas a volição também pode estar doente. Para garantir a saúde da vontade – para que se escolha dentro de um arco de normalidades – e somente neste campo, recomenda-se o exercício da autodeterminação.

A vantagem de analisar um texto proveniente do saber psiquiátrico é sua transparência quanto ao exercício do poder, seu despudor, pois a autodeterminação não passa de uma função da saúde mental. É em nome da saúde mental que o médico psiquiatra defende a decisão livre.

Não há dúvidas, portanto, de que a linha condutora do acórdão constitui-se do **imperativo** de preservação da saúde da pessoa humana formada, a mulher. Não fosse este imperativo, não fosse a saúde o sinônimo

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

de vida para o poder governamental, um dos lugares privilegiados de veridicção de seu saber acerca da condução do corpo-espécie humano, possivelmente sequer esta questão estivesse colocada. Não apenas para o Estado, mas para os indivíduos implicados. A subjetividade humana está tão intrinsecamente vinculada à sua vida, subordinada à sua condição de ser vivente e biológico – porque é assim que o poder dela se apropria – que por saúde se pode, talvez, traduzir a própria dignidade humana:

[...] avulta a importância a necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante, indubitavelmente dois componentes da dignidade humana da mulher, indissociáveis no seu istmo fundamental a assumir posição de elevada importância neste julgamento<sup>32</sup>.

De maneira que o conflito axiológico a ser superado, solucionado, passa a ser colocado do seguinte modo:

Entender que a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico configura aborto é um meio adequado para **proteger a vida do feto**. Por outro lado, **a garantia da saúde, da integridade física e psíquica e da liberdade da mulher** pode ser feita por meio da interrupção da gestação. [...] **não há meio menos gravoso para proteger a saúde, a integridade e a liberdade da gestante do que permitir a interrupção da gestação**.<sup>33</sup> (Grifo nosso)

Certo é que a saúde serviu neste julgamento, a espelhar a estratégia política de exercício de poder contemporânea, de fio condutor e ponto unificador dos diversos conceitos postos na qualidade de direitos fundamentais da pessoa humana.

#### 4. CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar de que modo a prática contemporânea do direito – entendida não apenas em seus procedimentos, mas também em seu discurso – recebe influência fundamental da hodierna forma em que se organiza, hegemonicamente, o exercício do poder: a biopolítica.

A biopolítica, com efeito, assume a forma da governamentalidade de nossa época. Ela possui como objeto um corpo vivente coletivo, a população, forma da espécie humana nos saberes, e seus fenômenos de suporte à vida; utiliza-se de mecanismos reguladores e normalizadores, mediante procedimentos de exame que costumam se referenciar a uma ininterrupta vigilância de inúmeras variáveis e sua perpétua correlação em termos de curvas de normalidade e exceções de anormalidade; adequa-se a uma forma de saber exemplar, a medicina, porém articula diversos outros saberes para produzir a sociedade normalizada, mesmo os mais improváveis, como a arquitetura e urbanismo, como os mais centralizadores tal qual é, sem dúvida, o direito.

A noção de biopolítica construída por Foucault atrai especial interesse ao estudioso do Direito porque termina por vincular sua noção de poder, refratária à habitual noção de poder utilizada pelo Direito, ao exercício finalístico do Estado moderno que é, para o Direito moderno, aquele lugar a partir de onde o poder é exercido. Ainda que, para Foucault, o Estado seja também o resultado, não a fonte original, dos jogos de poder no seio da sociedade.

O direito, a partir do século XIX, colonizou-se pela biopolítica. A medicina já há praticamente dois séculos, desde o alvorecer das sociedades industriais, tem produzido tecnologias próprias de exercício do poder.

32 ABRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.

Por meio do biopoder, construiu corpos, cidades, instituições, países, nações e governos essencialmente distintos dos séculos anteriores.

É com o que se defronta na apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF N. 54, de que tratou o Supremo Tribunal Federal (STF) entre os anos de 2004 e 2012.

Ali, percebe-se a luta entre estes saberes, direito e medicina, seja na forma de judicialização da medicina, a indicar não uma superposição, mas substituição, seja, por outro lado, ao indicar o empoderamento da medicalização da sociedade sobre o judiciário, quando este, dentre outras coisas, se vê obrigado não a considerar, mas a formatar sua decisão segundo processos normalizadores que vinculam a *ratio decidendi* a procedimentos amplamente levados a cabo pela medicina na medição estatística de tempo de vida, na necessidade epistemológica de profundidade do olhar que direcionou a criação dos meios técnicos capacitados a gerar os diagnósticos prováveis, na medição da probabilidade de acertos de diagnóstico, na classificação analógica amparada na exclusão normalizadora, no acompanhamento exaustivo e ininterrupto dos pacientes e de suas proles.

Constatou-se na ADPF 54 que a dignidade humana, a autonomia, a autodeterminação, tornaram-se, ou desde sempre foram, conceitos instrumentalizados segundo uma racionalidade governamental biopolítica no interior do aparelho judiciário e de sua manifestação mais potente, o acórdão com força vinculante de uma Ação originária do STF. Isto porque, ao final, tratava-se não da autonomia da mulher, mas da normalização de um procedimento médico; e para isso o discurso jurídico não fez caso de, praticamente, tornar identitárias a dignidade humana e a condição de saúde integral.

Para a mãe, reserva-se a autonomia de submeter-se ao conhecimento médico, às categorias médicas conformadoras da forma de viver hodierna e, conseqüentemente, da concreta subjetividade moderna: saúde, salubridade, higiene. Ao feto, o nada, a inexistência, pura e simples.

O conceito de biopolítica de Foucault permite, assim, conhecer e esmiuçar o direito como realidade inteiramente social e histórica e não metafísica, a fim de garantir uma orientação racional não ilusória da importância do direito na sociedade contemporânea e na efetivação da liberdade humana.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 54/DF*. Plenário. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 05 maio 2015.
- CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. São Paulo: Graal, 2004.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DUARTE, André. *Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI*. Disponível em: <[http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre\\_duarte.htm](http://www.revistacinetica.com.br/cep/andre_duarte.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2012.
- FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2011. v. 1.

- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1993.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- GADELHA, Sylvio. *Biopolítica, governamentalidade e educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.
- MACHADO, Roberto et al. *Danação da norma*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REVEL, Judith. *Dicionário Foucault*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- ROCHA, José M. *Michel Foucault e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo**

**Judicial activism and legalization of the consumption ratio policy: an analysis of the jurisdictional control of contracts private health plans in the state of São Paulo**

Renan Posella Mandarino

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

# Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo\*

## Judicial activism and legalization of the consumption ratio policy: an analysis of the jurisdictional control of contracts private health plans in the state of São Paulo

Renan Posella Mandarino\*\*

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas\*\*\*

### RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar o movimento de judicialização da política na prática das relações consumeristas, com o intuito de compreender o controle exercido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos contratos de planos de saúde privado. Será traçada uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, em razão da análise específica a que se propõe. Posteriormente a pesquisa concentrar-se-á na política das relações de consumo e os desdobramentos de suas bases principiológicas e normativas. Por fim, a judicialização da política da relação de consumo nos contratos de planos de saúde será analisada a partir das súmulas editadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. A perspectiva metodológica é a dedutiva, pois, com base na teoria do ativismo judicial e da judicialização, será possível compreender o controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde. O trabalho é bibliográfico e desenvolve conceitos relativos a ativismo judicial, judicialização da política e práticas consumeristas. A conclusão a que se chega é que o controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde do estado de São Paulo é resultado da significativa quantidade de demandas repetitivas que assolam o poder judiciário brasileiro. A edição de súmulas para assentar o entendimento da matéria não pode ser compreendida como ativismo judicial. Esse é um ato inerente à judicialização das políticas, que se apresenta como fenômeno inevitável diante dos conflitos apresentados na sociedade pós-moderna.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Judicialização da política. Direito do consumidor. Planos de saúde.

### ABSTRACT

This article aims to analyze the movement of legalization politics in the practice of *consumption ratio* in order to understand the control exercised by

\* Recebido em 30/10/2014  
Aprovado em 25/02/2015

\*\* Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca. E-mail: renan.mandarino@agtm.adv.br

\*\*\* Professora Doutora da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca, e da Universidade Paulista (UNIP), Campus de Ribeirão Preto. Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NET-PDH. E-mail: madarbo@uol.com.br

the Court of São Paulo in private health plans contract. Differentiate between judicial activism and legalization of politics, because of the specific analysis that aims to trace. Later research will focus on the politics of consumer relations and the ramifications of their principiologicas and normative bases. Finally, the legalization of the consumption ratio in health insurance contracts policy will be reviewed from the dockets issued by the Court of São Paulo. The methodological approach is deductive, because from the theory of judicialization and judicial activism is possible to understand the judicial review of health plan contracts. The work is literature and develops the concepts of judicial activism, legalization of politics and consumerist practices. The conclusion reached is that the judicial review of the state of São Paulo contracts of health plans is a result of the significant amount of repetitive demands plaguing the Brazilian judiciary. Editing overviews of understanding to settle the matter cannot be understood as judicial activism. This is an inherent judicialization of politics, which is presented as inevitable phenomenon in the face of conflicts presented in post modern society act.

**Keywords:** Judicial activism. Judicialization of politics. Consumer law. Health plans.

## 1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação do texto constitucional de 1988, o poder judiciário tornou-se *o locus* mais democrático para composição dos conflitos de interesses, disponibilizando amplo acesso a todos os membros da sociedade. Ocorre que, diante da ineficiência dos demais poderes do Estado e a complexidade das estruturas sociais contemporâneas, iniciou-se o fenômeno da “judicialização”, chamados por alguns doutrinadores de ativismo judicial.

Esse processo de judicialização também se verifica nas relações de consumo, diante da vulnerabilidade e da condição de hipossuficiência apresentado pelo consumidor nas relações comerciais.

O presente trabalho analisará a forma como a judicialização das políticas das relações de consumo reflete nos contratos de plano de saúde privado, cingindo sua análise no contexto do controle jurisdicional exercido na justiça paulista.

Para tanto, inicialmente o trabalho fará uma incursão teórica, com a finalidade de analisar a diferença entre os termos ativismo judicial e judicialização da política, muitas das vezes utilizados como expressões sinônimas.

Em seguida, passar-se-á para a abordagem da política consumerista do sistema jurídico brasileiro, apontando as bases principiologicas das relações de consumo.

Por derradeiro, analisar-se-á o controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado, correlacionando com as críticas relativas ao processo de judicialização das políticas relativas ao direito do consumidor.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

A promulgação do texto constitucional de 1988 simbolizou um momento de radical transformação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Ápice do denominado “processo de redemocratização” (posto que rompeu com o período ditatorial do país), a Constituição Federal abarcou um numeroso rol de direitos, especialmente de cunho social, garantidos aos cidadãos.

Diante das garantias estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, iniciou-se o crescimento e a intensidade da participação do Judiciário na concretização dos direitos aos cidadãos. A partir disso, dois termos passaram a estar diretamente vinculados à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização política.



Ambas as expressões são empregadas no sentido de demonstrar o acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura; entretanto, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável para evitar que o direito seja resumido a “um produto das decisões judiciais”, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro.

Friedrich Müller fundamenta que “o direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação com o ‘decisionismo’”<sup>1</sup>. A afirmação toca pontualmente no elemento principal para distinção entre judicialização da política do ativismo judicial. Isso porque o autor reforça a vinculação entre o direito e a política, como também revela que essa relação não está vinculada a um decisionismo. Na realidade, com isso, não se está apenas afirmando que o direito e a política se inter-relacionam, mas se está negando que a política seja o elemento catalizador do decisionismo no âmbito jurídico. Em última análise, está-se tratando do modo de compreender o “elemento político” do direito, conforme destaca Clarissa Tassinari:

A resposta para a pergunta do que seja a judicialização da política passa, de início, pela percepção que se está a tratar da interação de, pelo menos, três elementos: Direito, Política e Judiciário. Por certo, a própria noção de constitucionalismo [...] demonstra, assim, o modo como se dá a articulação entre o Direito e a Política. Mais especificamente o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições.<sup>2</sup>

A política é a mola propulsora para a configuração do conteúdo jurídico-constitucional, de forma que a autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Luís Roberto Barroso aponta para existência de uma dualidade na relação direito e política que configuraria uma situação de autonomia relativa: o direito apresenta a ambiguidade de ao mesmo tempo ser e não ser política.

Segundo Barroso, o direito não é política porque não se pode submeter à noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Entretanto, o direito é política na medida em que: *a)* sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e as leis; *b)* sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; *c)* juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com juízos de valor que formula.<sup>3</sup>

Para o autor, a judicialização da política no Brasil é forjada por um contexto marcado por três fatores: redemocratização, constitucionalismo abrangente e incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, o qual aceita as modalidades difusa e concentrada. Logo, esse fenômeno aparece como característica oriunda das transformações ocorridas no direito brasileiro com o surgimento da Constituição de 1988. Nessa linha, o contraponto entre judicialização da política e ativismo judicial dar-se-ia em função da diferença existente nas causas que lhe deram origem.

O ministro identifica, ainda, o ativismo judicial como “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance” ou como uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”. Três condutas caracterizam o ativismo judicial: aplicação direta da constituição, mesmo diante da ausência de disposição legislativa; declaração de inconstitucionalidade, com base em critérios menos rígidos; e imposição de condutas ao poder público. Nesses termos, ativismo se configuraria com a “participação ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.”<sup>4</sup>

1 MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza et al. (Org.). *Teorias da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

2 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 28.

3 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

4 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda;

Com a devida vênia, mas duas críticas merecem ser pontuadas com relação ao posicionamento de Luís Roberto Barroso. Em primeiro lugar sua abordagem pouco esclarece acerca do papel da política no direito, apresentando acentuada carga de subjetivismo à política. Em segundo, os elementos caracterizadores do ativismo são inerentes a qualquer magistrado no exercício de suas atribuições, o que obsta afirmar que há excesso no exercício de sua função jurisdicional. Ou seja, pelos critérios acima não há como dissociar ativismo e judicialização da política.

Entretanto, não se pode negar que a judicialização da política seja produto das transformações ocorridas no sistema normativo após o advento do texto constitucional, já que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito é o deslocamento do polo de tensão do executivo para o judiciário.

A constitucionalização do direito após Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores determinantes na concretização do fenômeno da judicialização do sistema político. Tais acontecimentos provocaram uma maior participação e interferência do Estado na sociedade e, em razão da inércia dos demais poderes, abriu espaço para a jurisdição dirimir as lacunas deixadas pelos demais “braços” do Estado.<sup>5</sup>

Outro fator de suma importância para a consolidação da judicialização da política é a publicização da esfera privada. Luiz Werneck Vianna pondera que, com a maior inserção do princípio democrático na remodelagem do Estado e o surgimento de novos direitos de cunho difuso, o Judiciário deixa de ser um poder inerte e alheio às transformações sociais. Há uma crescente institucionalização do direito na vida social, inclusive com o seu transbordamento em certas dimensões da vida privada:

[...] a democratização social e a nova institucionalidade da democracia política, trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.<sup>6</sup>

A judicialização é muito mais fruto do aumento de demandas, em razão da maior consagração de direitos constitucionais e dos anseios populares, do que uma referência a um modelo de jurisdição fortalecido. Esse fenômeno não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante, como bem se observa no ativismo judicial; ao contrário, a judicialização é derivada de fatores exógenos à jurisdição, traçando o seguinte caminho: inicia com o amplo reconhecimento de direitos sociais, passa pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade.

Atrelado à questão da judicialização da política, mais especificamente em ambiente que reconhece a vinculação entre direito e política, o ativismo judicial surge como fenômeno que possui diversos entendimentos<sup>7</sup>: *a*) como decorrência do exercício do poder de revisar atos dos outros poderes (controle de constitucionalidade); *b*) como sinônimo de maior interferência do judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste ponto, entraria em conflito com o conceito de judicialização); *c*) como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d*) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador. Há quem diga ainda a prevalência de mais dois elementos para a configuração do ativismo judicial: existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito.<sup>8</sup> Como bem se percebe, há imensa dificuldade em singularizar o conceito de ativismo judicial, posto que inexistente um compromisso teórico para defini-lo.

FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

5 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratórios de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

6 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15.

7 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

O perfil ativista do judiciário brasileiro apresenta peculiaridades em relação às demais tradições jurídicas, engendrado em ambiente marcado por duas principais transformações pelas quais passa o supremo tribunal federal: o incremento de seu próprio papel político e a sobrecarga do volume de trabalho<sup>9</sup>. No direito constitucional brasileiro, inexistem mecanismos formais de unificação vinculante de jurisprudência e de escolha das hipóteses de exercício formal da competência recursal em sede de controle difuso, o que gera certa sensação de descontrole.

Na realidade, a sobrecarga do volume de trabalho da atividade jurisdicional, diante do controle de constitucionalidade cada vez mais amplo (sobre a política parlamentar), é elemento que compõe a noção de judicialização da política, considerada como um fenômeno social que não decorre de uma postura ou atuação dos membros do judiciário. O que identifica o ativismo judicial é o controle incidente sobre as políticas de ação social do governo, pois é justamente para evitar que o Judiciário assuma funções de governo que surge a necessária crítica ao ativismo.

Diante das características acima expostas, o ativismo judicial pode ser conceituado como um processo político-institucional pelo qual assume um modelo de jurisdição constitucional com forte apelo de supremacia, ou seja, “configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.”<sup>10</sup>

Lenio Streck sintetiza esse pensamento, distinguindo ativismo judicial de judicialização:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivos e Legislativos em direção da justiça constitucional) [...]<sup>11</sup>

Em resumo, a judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do judiciário para além dos limites constitucionais.

## 2. POLÍTICA DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Feita a dissociação entre ativismo judicial e judicialização da política, passa-se à compreensão das bases principiológicas da política das relações de consumo no ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem salientado inicialmente, a partir da Constituição de 1988, o sistema jurídico brasileiro sofreu alterações nos direitos e garantias fundamentais, de forma a cobrar uma maior participação do Estado no desenvolvimento de políticas que propiciassem o democrático acesso e efetivação dos direitos positivamente previstos. Com o direito do consumidor não foi diferente, o qual passou a ser previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”<sup>12</sup>.

Por determinação da ordem constante do artigo 48 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição Federal para que, no prazo de cento e vinte dias, elaborasse um Código do Consumidor. Este se consolidou

9 VERISSIMO, Marcus Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4 n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

10 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 36.

11 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

12 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

por meio da lei 8.078/90<sup>13</sup>, a qual constituiu uma típica norma para tutelar vulneráveis, mais especificamente preocupada com o reconhecimento e valorização do pluralismo jurídico consecutório dos direitos humanos. Em certo sentido, como decorrência do pluralismo, há uma abundância de proteção legislativa na pós-modernidade, a gerar situações de colisão entre esses direitos, conflitos que se resolvem a partir da interpretação da norma constitucional, repouso comum da principiologia dessa tutela fundamental.

Aliás, o Código de Defesa do Consumidor é tido pela doutrina como *norma principiológica*, diante da proteção constitucional dos consumidores. A propósito dessa questão, precisas as lições de Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

A lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normais especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas, pelos motivos que apresentamos no início deste trabalho ao demonstrar o valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores.<sup>14</sup>

Diante do caráter principiológico e da eficácia supralegal da norma consumerista, as leis especiais setorializadas, como por exemplo: seguros, bancos, calçados, transportes, serviços, automóveis, alimentos etc., devem disciplinar suas respectivas matérias em consonância e em obediência aos princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor<sup>15</sup>.

Frise-se ainda que o Código de Defesa do Consumidor é enquadrado como direito de terceira dimensão<sup>16</sup>, relativos ao princípio da fraternidade, já que visa à pacificação social, na tentativa de equilibrar a dispar relação existente entre fornecedores e prestadores.

Percebe-se, portanto, que a política das relações de consumo tem como objetivo harmonizar os interesses dos consumidores e os fornecedores, a fim de equacionar a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico com a defesa do consumidor. É dizer que sua finalidade precípua é reprimir as práticas abusivas cometidas pelos fornecedores em relação aos consumidores, para que estes possam atuar de maneira livre e consciente no mercado de consumo.

O estudo dos princípios consagrados pela lei 8.078/90 é crucial para compreensão do sistema adotado pela lei consumerista como norma protetiva dos vulneráveis negociais na sociedade de consumo de massa. O Código de Defesa do Consumidor adotou um sistema aberto de proteção, baseado em conceitos legais indeterminados e construções vagas, que possibilitam uma melhor adequação dos preceitos às circunstâncias do caso concreto.

O princípio que norteia a prática das relações consumeristas é o princípio do protecionismo do consumidor (art. 1º, CDC)<sup>17</sup>: a lei 8.078/90 estabelece normas de ordem pública e interesse social, nos termos do já citado artigo 5º, XXXII, e 170, inciso V da Constituição Federal, bem como do artigo 48 das Disposições Transitórias. Não se pode olvidar que, conforme o segundo comando constitucional citado, a proteção dos consumidores é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira. Por esse princípio, todas as normas instituídas na citada lei têm como princípio e meta a proteção e a defesa do consumidor. É desejável desenvolver normas que permitam aos consumidores beneficiarem-se da proteção mais favorável ao consumidor.<sup>18</sup> Insta salientar que todos os princípios a seguir são decorrências naturais do princípio do protecionismo.

13 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

14 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

15 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

16 Há ainda a existência da primeira e segunda dimensão, relativas, respectivamente, ao princípio da liberdade e da igualdade. Atualmente já se fala em direitos de quarta e quinta dimensão, relativas, respectivamente, à proteção do patrimônio genético e aos direitos no mundo digital.

17 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

18 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

Assim, as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor não podem ser afastadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta, conforme tutela o artigo 51, inciso XV, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor<sup>19</sup> (art. 4º, inciso I, CDC) garante que o consumidor, em todas as situações, goze da condição de vulnerável na relação jurídica de consumo. Na atual sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente diante das transformações sofridas pelas relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas.

[...] essas desigualdades não encontram, nos sistemas jurídicos oriundos do liberalismo, resposta eficiente para a solução de problemas que decorrem da crise de relacionamento e de lesionamentos vários que sofrem os consumidores, pois os Códigos se estruturaram com base em uma noção de paridade entre as partes, de cunho abstrato.<sup>20</sup>

A vulnerabilidade é um estado inerente de risco, sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, que fragiliza o sujeito de direito e desequilibra a relação comercial. Ademais, a publicidade e os demais meios de oferecimento do produto ou serviço estão relacionados a essa vulnerabilidade, na medida em que deixam o consumidor à mercê das vantagens sedutoras expostas pelos veículos de comunicação e informação.

Ao contrário do que ocorre com a vulnerabilidade, a hipossuficiência (art. 6º, inciso VIII, CDC)<sup>21</sup> é um conceito fático e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto. Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição do destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente. A vulnerabilidade é *elemento posto* da relação de consumo e não um *elemento pressuposto* (este seria a própria condição de consumidor)<sup>22</sup>.

O princípio da hipossuficiência do consumidor não pode ser analisado dentro apenas de um conceito de discrepância econômica, financeira ou política. A hipossuficiência pode ser tanto *técnica*, em razão do desconhecimento em relação ao produto ou serviço adquirido, *fática*, à luz da situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor e *jurídica*, diante das situações que impedem o consumidor obter prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado. O conceito vai além do sentido literal das expressões *pobres* ou *sem recursos*.

A decorrência direta da hipossuficiência é o direito de inversão do ônus da prova a favor do consumidor, que reconhece como um dos direitos processuais básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos.

O princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, inciso III, CDC)<sup>23</sup> é regramento vital nas relações consumeristas, pois prevê o seu justo equilíbrio, em uma correta harmonia entre as partes, em todos os momentos relacionados com a prestação e o fornecimento. Boa-fé é cooperação e respeito, conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. Cláudia Lima Marques e outros afirmam que a boa-fé objetiva tem três funções básicas: *a)* servir como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os denominados deveres anexos (*função criadora*); *b)* constituir uma causa limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos (*função limitadora*) e *c)* ser utilizada como concreção e interpretação dos contratos (*função interpretadora*).<sup>24</sup>

19 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

20 BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 2.

21 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

22 Ideia construída a partir dos ensinamentos de GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

23 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

24 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Con-*

O princípio da transparência ou da confiança (arts. 4º, *caput*, e 6º, inciso III, CDC)<sup>25</sup> tutela o direito de informação. No âmbito jurídico, a informação tem dupla face: o dever de informar, de competência do fornecedor, e o dever de ser informado, competência do consumidor vulnerável. Constitui direito básico do consumidor que a informação seja adequada e clara, com a especificação correta da quantidade, característica, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. Esse princípio visa possibilitar a aproximação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor.

O amparo da informação transparente pode ser retirado especificamente do artigo 4º, *caput*, da legislação consumerista, segundo o qual

A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.<sup>26</sup>

O princípio da função social do contrato relativiza o modelo estante da autonomia da vontade e de sua consequente força obrigatória (*pacta sunt servanda*), na tentativa de equilibrar uma situação que sempre foi díspar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo. Esse é o ponto sensível que toca diretamente a judicialização das políticas, pois, em muitos casos, (como o que será abordado no próximo tópico do artigo) vislumbra-se a necessária intervenção do Poder Judiciário para efetivar os direitos do consumidor, diante da inércia dos poderes Executivo e Legislativo.

O princípio da equivalência negocial (art. 6º, inciso II, CDC)<sup>27</sup> garante a igualdade de condições no momento da contratação ou de aperfeiçoamento da relação jurídica patrimonial. Há um compromisso de tratamento igualitário a todos os consumidores, consagrada a igualdade nas contratações.

Por derradeiro, o princípio da reparação integral dos danos (art. 6º, inciso VI, CDC)<sup>28</sup> prevê, no que tange à responsabilidade civil na ótica consumerista, que o regramento fundamental é a reparação integral dos danos suportados, sejam eles materiais, morais, individuais, coletivos ou difusos. A responsabilidade é objetiva de fornecedores e prestadores como regra das relações de consumo, logo, independe de comprovação de culpa na realização do ato ilícito, representando um aspecto material do acesso à justiça pelos consumidores. Outro elemento que apresenta estreita ligação com a reparação integral é a regra da solidariedade, já que, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos na norma de consumo (art. 7º, parágrafo único, CDC)<sup>29</sup>.

Para a execução da política das relações de consumo, prevê o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 5º, que o poder público contará com instrumentos voltados para a defesa do consumidor com atuações nos campos da educação, da orientação e das identificações de situações insatisfatórias para os consumidores. Portanto, a característica essencial para a defesa do consumidor é a liberdade de atuação dos órgãos de proteção do consumidor em qualquer grau, como os PROCONS, CODECONS ou outros semelhantes, com atribuições específicas previstas no artigo 55º, parágrafo 1º do CDC.

Compreendidos os principais elementos da política da relação de consumo e a questão da judicialização das políticas e ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro, torna-se possível analisar como essas caracte-

*sumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

25 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

26 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

27 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

28 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

29 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

rísticas se inserem na problemática central do presente trabalho, que é justamente o controle jurisdicional dos contratos de plano de saúde no estado paulista.

### 3. CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NO ESTADO DE SÃO PAULO

Conforme dados apresentados pelo *Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor*, problemas com planos de saúde lideram o *ranking* de reclamações. De acordo com relatório anual de 2012, 20% dos atendimentos foram relacionados a reclamações sobre plano de saúde, como negativa de cobertura, reajustes e descredenciamento de prestadores de serviços. Durante o ano de 2012, a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) recebeu 75.916 reclamações de consumidores de planos de saúde; destas, 75,7% (57.509) eram referentes a negativas de cobertura.<sup>30</sup>

Diante dessa realidade, o judiciário passou a ser cada vez mais solicitado para dirimir as controvérsias entre usuários e operadoras de plano de saúde, de forma a ocorrer uma intensificação da judicialização nesse setor. Porém, antes de apresentar a configuração atual do controle jurisdicional dos contratos de plano de saúde no estado de São Paulo, insta mostrar a evolução desse conflito no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da Constituição de 1988, a saúde se transformou em direito de primeira relevância, de forma que surgiram as primeiras assistências médicas privadas para atendimento a grupos de trabalhadores privilegiados. Os serviços relativos à saúde privada se fortaleceram, a ponto de muitas empresas públicas e privadas criarem caixas de assistência médica, de contribuição mistas, nas quais participavam empregadores e empregados.

O crescimento da assistência médica suplementar ocorreu sem legislação específica que coibisse os abusos praticados pelas operadoras, franquiando desvantagens para os usuários. Na realidade, somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor é que se iniciaram as transformações nas relações de consumo no Brasil, com direitos e proteções já esmiuçados no tópico acima. A lei 8.078/91 revolucionou as relações de consumo e causou importantes transformações no mercado de saúde suplementar, principalmente com a inserção da visão de função social do contrato.

Com a finalidade de atender aos desejos da sociedade, em 1998 surgiu a lei 9.655, chamada *Lei dos Planos de Saúde*, que almejava tutelar os usuários de planos e seguros de saúde e ampliar o controle estatal sobre o mercado da saúde suplementar. Essa legislação nasceu no auge da abertura econômica do país, época de implantação do neoliberalismo, portanto, possuía como princípio básico a desoneração do governo com serviços básicos: saúde, aposentadorias e pensões e a educação. A lei 9.655/98 foi responsável pela modernização do setor e trouxe segurança para o seu funcionamento.

Em 2000 surge a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) criada pela lei 9.961, com a missão de coordenar e regular a saúde suplementar. A ANS não regula, no entanto, o fornecimento de materiais e serviços como o desempenho e comportamento de profissionais da saúde, hospitais, laboratórios, clínicas e fornecedores de materiais.

Apesar da legislação bastante criteriosa e dos novos mandamentos regradores emanados da ANS, ainda se observava comportamentos reprováveis por parte de algumas operadoras na limitação de benefícios, burocracias excessivas e não concessão de tratamentos cobertos pelos planos. Por outro lado, os usuários passaram a ter mais consciência de seus direitos e a exigir mais de seus fornecedores, inclusive com reclamações acerca da cobertura dos planos no que tange às cirurgias estéticas, tratamentos para fertilização e próteses não ligadas aos atos cirúrgicos.

30 SZNIFER, Moyses Simão. *STJ traz diversas questões sobre plano de saúde*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2013/06/24/stj-traz-diversas-questoes-sobre-plano-desaudef/>>. Acesso em: 15 out. 2014.

Ocorre que a ANS não suportou a enorme quantidade de reclamações e, como consequência, as insatisfações e os conflitos de interesses desaguaram no sistema judiciário.

Com o fortalecimento do Código de Defesa do Consumidor, as decisões judiciais passaram a considerar o usuário hipossuficiente perante as poderosas empresas de convênio médico-hospitalar. Além disso, o artigo 6º, do CDC previu que “São direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”<sup>31</sup>, e elevou o direito à saúde a categoria de um direito básico do consumidor:

[...] É fato, que se aplica cumulativa e complementarmente a Lei nº 9.656/98 e o CDC aos contratos firmados a partir da vigência daquela. Esta última está relacionada à proteção do consumidor, ao passo que àquela caberá reger, de forma minudenciada, os planos privados de assistência à saúde. Nesta toada, toda relação consumerista será regulada pelo CDC, independente de haver previsão expressa em lei específica. Portanto, doutrinariamente entende-se que a lei específica deve ser interpretada de forma a proteger os direitos do consumidor por sua vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC), a interpretação das cláusulas contratuais em seu favor (art. 47, do CDC) e ao expurgo, por nulidade absoluta, de cláusulas contratuais abusivas quando não estiverem expressas de forma clara (art. 51, do CDC). [...] <sup>32</sup>

Diante da enorme quantidade de pedidos neste sentido, com relação aos planos de saúde, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, em meados de 2013, resolveu editar sete súmulas jurisprudenciais referentes aos contratos dos planos de saúde, com intuito de diminuir a litigiosidade ou abreviar os processos:

Súmula 99 - Não havendo, na área do contrato de plano de saúde, atendimento especializado que o caso requer, e existindo urgência, há responsabilidade solidária no atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho médico da mesma operadora, ainda que situadas em bases geográficas distintas;

Súmula 100 - O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98, ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais;

Súmula 101 - O beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe;

Súmula 102 - Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS;

Súmula 103 - É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98;

Súmula 104 - A continuidade do exercício laboral após a aposentadoria do beneficiário do seguro saúde coletivo não afasta a aplicação do art. 31 da Lei n. 9.656/98;

Súmula 105 - Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional.<sup>33</sup>

A principal crítica que aprioristicamente poderia se fazer é que o Judiciário, ao editar estas súmulas, estaria a suplantando sua competência e a atuar como “legislador” sobre a matéria de planos de saúde, configurando o ativismo judicial. Contudo, oportuno considerar que dois fenômenos se observam na sociedade contemporânea: no plano normativo, verifica-se uma ampliação dos catálogos de direitos conferidos aos cidadãos e

31 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

32 LEMOS, Lilian Correia. A judicialização da saúde: o posicionamento do Poder Judiciário ante a relação contratual entre as operadoras e os beneficiários dos planos de saúde anteriores à Lei nº 9.656/98. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 11, n. 58, out. 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5183](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5183)>. Acesso em: 10 out. 2014.

33 SILVA, Renata Vilhena. Súmula do TJ-SP combatem abusos dos planos de saúde. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-16/renata-vilhena-sumulas-tj-sp-combatem-abuso-planos-saude>>. Acesso em: 09 out. 2014.



o assentado dever de cumprir de modo imediato o programa constitucional. Isso já seria motivo suficiente para o aumento da demanda do Judiciário, que passou a ser o caminho a ser percorrido para concretização dos direitos previstos, mas não cumpridos pelos demais poderes; porém, no plano social há um contexto em constante modificação de cunho *político-jurídico* (chamadas de “tendências do Direito”), *conceitual* (com a introdução da noção de “sociedade complexa”), *comportamental* (com a questão do aumento de litigiosidade) e *estrutural* (a partir da ideia de massificação dos conflitos).<sup>34</sup>

Logo, a maior participação do Poder Judiciário não ocorre exclusivamente diante da promulgação de novos textos; é necessário agregar a isso os diferentes contornos que a esfera social assumiu. A modernidade produziu concepção forte de Estado, fundada no direito positivo e no normativismo, que visam oferecer respostas rápidas aos problemas e demandas da sociedade, que estava marcada pela indeterminação e insegurança, frutos do processo de ruptura com modelo jusnaturalista.

O controle jurisdicional nos contratos de planos de saúde é resultado da “judicialização das relações sociais”<sup>35</sup>, traduzida na crescente invasão do direito na organização da vida social, e não a configuração do ativismo judicial.

Além disso, há uma alteração estrutural na forma de compreender os conflitos, na medida em que a insurgência de exigências coletivas e interesses difusos, característico de uma sociedade em que a produção, o consumo e a distribuição apresentam proporções massificadas. Dessa maneira, as súmulas tornam-se ferramentas aptas para uma tutela jurídica massificada, imbuída por uma crise de interesses individuais, fazendo emergir a noção de pluralidade que traz a marca das organizações sociais.

Essa massificação das demandas forma um cenário interessante: forma-se um numeroso conjunto de ações singulares, visando à tutela de direitos coletivamente assegurados, desaguando nas operações de “julgamentos em bloco.”<sup>36</sup>

O alargamento da noção do acesso à justiça, ainda que no equivocado sentido de eficiência judicial, apenas reforçou o papel do Judiciário como instituição hábil a resolver todos os problemas da sociedade. Frise-se que essa hipertrofia do acesso à justiça ocorre de maneira mais intensa nas questões que envolvem direitos consumeristas, devido ao protecionismo garantido ao consumidor e da relativização dos contratos que envolvem relação comercial (função social do contrato).

A sociedade contemporânea vive a ascensão da *juristocracia*<sup>37</sup> ocasionadas pela: transformação do modo de compreensão da democracia como vontade da maioria, surgindo o Judiciário como representante do poder contra majoritário; afirmação da separação dos poderes, que incentivou o afastamento da sociedade dos demais poderes (Executivo e Legislativo) e facilitou a judicialização; a falta de implementação de políticas públicas, apesar do vasto rol de direitos assegurados constitucionalmente; o fortalecimento do controle de constitucionalidade; inefetividade das instituições majoritárias (Executivo e Legislativo); delegação de poderes pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário, diante de uma situação de conveniência.

Portanto, o controle jurisdicional existente nos contratos de planos de saúde é fruto do afastamento de outros poderes (executivo e legislativo) no fornecimento de instrumentos mais eficientes para resolução do conflito. O executivo deveria fiscalizar de maneira mais assídua as relações negociais entre fornecedor e usuário, inclusive com a aplicação de multa no âmbito administrativo. Além disso, a agência reguladora (ANS) deveria tentar compor o litígio na esfera administrativa, a fim de suprimir os casos levados à instância judicial. Ao legislativo competiria atuar em consonância com o judiciário, na tentativa de promover normas jurídicas que estivessem de acordo com anseios populares contemporâneos.

34 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdicção e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

35 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 149.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 13-40, set. 2011. p. 24.

37 Construção de um imaginário em que a credibilidade para decidir as questões fulcrais da sociedade é depositada no Judiciário.

## 4. CONCLUSÃO

Não há como negar o elo existente entre direito e política. A inter-relação entre direito e política não autoriza a existência de ativismos judiciais. Há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno. A judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que surge na insuficiência dos demais poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.

A política das relações de consumo, com fulcro nos princípios do protecionismo e seus consectários, apontam claramente para condição de vulnerabilidade do usuário dos planos de saúde privados. Os direitos do consumidor garantidos no texto constitucional e na lei 8.078/90 viabilizam o seu acesso ao poder judiciário, o qual, sob a égide do princípio da inafastabilidade de jurisdição, vincula-se a compor o litígio.

O controle jurisdicional dos contratos de plano de saúde do estado de São Paulo é resultado da significativa quantidade de demandas repetitivas que assolam o poder judiciário brasileiro. O exaustivo rol de direitos assegurados aos cidadãos no texto constitucional e o contexto social atual refletem o maior acesso à atividade jurisdicional.

A edição de súmulas para assentar o entendimento da matéria não pode ser compreendida como ativismo judicial. Esse é um ato inerente à judicialização das políticas, a qual se apresenta como fenômeno inevitável diante dos conflitos apresentados na sociedade pós-moderna.

## REFERÊNCIAS

- BADIN, Arthur Sanches. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.
- BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2015.
- FIGUEIREDO, Fabio Vieira; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor*. 2009.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LEMONS, Lilian Correia. A judicialização da saúde: o posicionamento do Poder Judiciário ante a relação contratual entre as operadoras e os beneficiários dos planos de saúde anteriores à Lei nº 9.656/98. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 11, n. 58, out. 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5183](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5183)>. Acesso em: 10 out. 2014.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

- MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al (Org.). *Teorias da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 13-40, set. 2011.
- SILVA, Renata Vilhena. *Súmula do TJ-SP combatem abusos dos planos de saúde*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-16/renata-vilhena-sumulas-tj-sp-combatem-abuso-planos-saude>>. Acesso em: 09 out. 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SZNIFFER, Moyses Simão. *STJ traz diversas questões sobre plano de saúde*. Disponível em: <<http://atualidadedodireito.com.br/blog/2013/06/24/stj-traz-diversas-questoes-sobre-plano-de-saude/>>. Acesso em: 15 out. 2014.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratórios de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- VERISSIMO, Marcus Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A atuação do Poder Judiciário  
na implementação de políticas  
públicas: o caso da demarcação  
dos territórios quilombolas**  
The Judicial Power and the  
implementation of public  
policies: the demarcation of Afro  
descendants lands in Brazil

Larissa Ribeiro da Cruz Godoy

# A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas: o caso da demarcação dos territórios quilombolas\*

## The Judicial Power and the implementation of public policies: the demarcation of Afro descendants lands in Brazil

Larissa Ribeiro da Cruz Godoy\*\*

### RESUMO

Esse artigo analisa o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Ao se debruçar sobre o julgamento da ADI 3.239/DF, em que se discute a constitucionalidade do Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, analisa a questão da atuação e do ativismo judicial, bem como da relevância de se ampliar o rol de intérpretes da Constituição, por meio da figura do *amicus curiae* e das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Primeiramente faz-se breve levantamento sobre o controle judicial das políticas públicas e do ativismo judicial, a fim de servir como marco teórico para a análise do caso escolhido. Em seguida, mostra-se a importância da proposta de abertura do círculo de intérpretes da Constituição, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Passa-se então à análise da influência da participação da figura do *amicus curiae* nos processos de tomada de decisão do STF, e, posteriormente, ao relato do caso da demarcação dos territórios quilombolas, no âmbito da ADI 3.239/DF. Por fim, suscita reflexão sobre a adequação e o alcance político das decisões emanadas da Suprema Corte no processo de implementação de políticas públicas, especialmente no caso da demarcação de territórios destinados a afrodescendentes no Brasil.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; *amicus curiae*; ADI 3.239/DF; territórios quilombolas.

### ABSTRACT

The paper analyses the role of the Judiciary Power as for the unfolding of public policies. The subject of the so-called judicial activism is discussed within the context of the opinion given by the Brazilian Supreme Court on the *ADI 3.239/DF*, that is, a discussion related to the identification, delimitation and acknowledgment of vested rights, in the frame of occupied land by remnants communities of Afro ascendancy. The paper also discusses the pros and cons of an enlargement of the Constitution interpreters. In

\* Recebido em 30/10/2014  
Aprovado em 03/02/2015

\*\* Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB. Especialista em Gestão Ambiental pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Analista Ambiental do Ministério do Meio Ambiente. Contato: larissacgodoy@gmail.com

this sense, the *amicus curiae* and the public hearings are at large considered. There is a short report upon the judicial control of public policies, as well as to the judicial activism, with an aim of fixing a theoretical standpoint for the suggested analyses. Subsequently, the paper insists in the very importance of the enlargement of the number of judicial interpreters. The role of the *amicus curiae* is at the center of the discussion, especially as for the Brazilian Supreme Court decision make patterns. Finally, the paper argues for an inner reflection concerning the Brazilian Supreme Court role in the implementation of public policies, mainly in the realm of Afro descendants land property law.

**Keywords:** Judicial activism. *Amicus curiae*. Afro-Brazilians property law. Brazilian Supreme Court.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, bem como a importância da realização de audiências públicas e da participação da figura do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, julgados pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

A influência do Poder Judiciário nos rumos das políticas públicas tem sido intensivamente debatida pela doutrina. A discussão sobre uma atuação mais expressiva por parte do Poder Judiciário, que poderia ultrapassar a competência clássica desse Poder na Teoria da Divisão dos Poderes proposta por Montesquieu, tem sido denominada, por constitucionalistas e processualistas, de ativismo judicial.

A análise proposta neste estudo mostra-se relevante, na medida em que argumenta que a atuação judicial, especialmente em sede de controle concentrado de constitucionalidade de leis e outros atos normativos, constitui meio de implementação de políticas públicas. Os debates travados nesses processos políticos acabam sendo levados para os tribunais. Assim, os juízes passam a assumir papel relevante na implementação das políticas públicas.

O artigo faz um breve levantamento da doutrina especializada sobre a questão do controle judicial das políticas públicas e do ativismo judicial a fim de servir como marco teórico para a análise do caso escolhido. Em seguida, mostra a importância da proposta de abertura do círculo de intérpretes da Constituição, conforme proposto pelo jurista alemão Peter Häberle, na medida em que o debate sobre a implementação das políticas públicas são levados para os tribunais constitucionais.

Propõe-se reflexão sobre o julgamento da ADI 3.239/DF, que questiona a constitucionalidade do Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. O julgamento dessa ação iniciou-se em abril de 2012. No entanto, após proferido o voto do relator, um pedido de vista interrompeu seu prosseguimento. Ao que consta, até o término da elaboração desse artigo, o julgamento não tinha sido retomado.

O caso suscita grande controvérsia por envolver direitos territoriais de minorias étnicas, direitos de propriedade e questões sobre regularização fundiária. O Decreto 4.887, de 2003, é instrumento basilar na implementação da política de ação afirmativa já prevista na Constituição Federal de 1988. A discussão sobre sua constitucionalidade deverá contribuir de forma importante para futuras discussões sobre a política pública. Assim, propõe-se reflexão sobre a pertinência e o alcance político que uma decisão do STF sobre essa matéria pode implicar no processo de implementação das políticas públicas, em especial as destinadas a afrodescendentes.

## 2. ATUAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A doutrina constitucional e processualista muito tem discutido sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na formulação e na implementação das políticas públicas. A principal questão é: até que ponto cabe ao Poder Judiciário interferir no processo de *policy-making*?

No Brasil, a intervenção judicial nas políticas públicas parece ter ganhado força após a Constituição de 1988, como resultado do amadurecimento do processo democrático e do crescente acesso ao Poder Judiciário. Essa intervenção tem sido conhecida como controle judicial de políticas públicas. Segundo Eduardo Cambi,

O controle judicial de políticas públicas é decorrência natural da organização da sociedade civil e da imprensa, as quais, aumentando os mecanismos de controle social, submetem o Judiciário às críticas inerentes ao exercício do poder político e, conseqüentemente, fazem crescer a necessidade de os juízes convencerem a opinião pública de que seus atos são legítimos<sup>1</sup>.

As políticas públicas são diretrizes formuladas para tentar solucionar os problemas públicos<sup>2</sup>. Elas dão forma e conteúdo às decisões políticas. Consubstanciam-se, numa perspectiva estatista, na ação ou na omissão do Estado em relação a um problema público<sup>3</sup>. Segundo Leonardo Secchi: “*políticas públicas tratam do conteúdo concreto e do conteúdo simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões*”<sup>4</sup>.

A análise das políticas públicas pode ser feita tomando-se o modelo do ciclo de políticas públicas. Esse modelo compreende a absorção das demandas sociais (*inputs*) pelo Estado, que as processa por meio do sistema político, gerando as soluções para problemas públicos (*outputs*). O atendimento a essas demandas assegurariam uma espécie de estabilidade no sistema político. As políticas públicas produziriam novas demandas que levariam o sistema político a formular outras soluções, e assim por diante, num fluxo circular infinito. A ideia básica é que o sistema político deveria ser análogo a um sistema mecânico com objetivos claros e fluxos contínuos que gerariam *feedbacks* e o processamento de novas demandas<sup>5</sup>.

Segundo esse modelo, já consagrado na análise das políticas públicas, o ciclo engloba diversas fases. Embora haja diferenças entre os autores especializados no tema, a maioria considera que o ciclo das políticas públicas é composto por pelo menos três etapas: formulação, implementação e avaliação<sup>6</sup>. Em cada uma delas atores, coalizões, processos e ênfases são distintos.

Na literatura sobre políticas públicas, os juízes são vistos como atores relevantes, principalmente na fase de implementação das políticas públicas, pois “*têm a prerrogativa de interpretar a justa ou injusta aplicação de uma lei por parte dos cidadãos e da própria administração pública*”<sup>7</sup>. São protagonistas ao emitirem decisões judiciais ou fixarem a interpretação sobre determinada norma.

Na doutrina jurídica, autores como Osvaldo Canella Júnior defendem que cabe ao Poder Judiciário papel residual no processo de formulação e implementação de políticas públicas e que os protagonistas desse processo são os Poderes Legislativo e Executivo<sup>8</sup>.

1 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 198.

2 SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 2.

3 Uma definição clássica de política pública é a de Thomas Dye, que afirma que políticas públicas são o que o governo faz e o que deixa de fazer. Segundo esse autor, a análise das políticas públicas não deve focar apenas na ação do governo, mas também em sua não atuação, ou seja, no que os governos escolhem não fazer. Ele afirma que a inação governamental tem tanto impacto na sociedade, como sua ação. Cf. DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 13. ed. Boston: Longman, 2011. p. 9.

4 SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 1.

5 THEODOULOU, Stella Z. The contemporary language of public policy: a starting point. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. *Public Policy: the essential readings*. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 4.

6 SARAVIA, Enrique. Ciclo de vida da política pública. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (Org.) *Dicionário de Políticas Públicas*. São Paulo: FUNDAP, 2013. v. 1. p. 143.

7 SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 86.

8 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 147.

No entanto, entendemos, com base na percepção dos especialistas em políticas públicas, que os juízes são atores que possuem recursos de poder diferenciados no processo de desenvolvimento das políticas públicas. Os juízes protagonizam em arena específica e suas decisões exercem grande influência sobre os rumos de determinados tipos de políticas. Segundo Leonardo Secchi, as políticas mais sensíveis às decisões judiciais seriam as políticas regulatórias, as políticas sociais e as que tratam de liberdades civis e políticas, como liberdade de expressão, associação, entre outras<sup>9</sup>. Políticas de ação afirmativa, que são em última análise políticas sociais, como a analisada no caso presente, também são recorrentemente levadas ao Poder Judiciário, especialmente aos Tribunais Constitucionais.

O Poder Judiciário, muitas vezes, é o centro de decisão de casos em que há forte antagonismo de interesses econômicos e políticos relevantes, tornando-se objeto de assédio de grupos de interesse e partidos políticos afetados diretamente por suas decisões. Os problemas políticos, que são objeto das políticas públicas, não raramente são transformados em casos judiciais. Segundo Eduardo Cambi,

Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua neutralização política, no Estado de Bem-Estar Social a explosão de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura<sup>10</sup>.

Edilson Nobre Júnior argumenta que é comum colocar-se uma forte dúvida sobre a legitimidade da atuação judicial no âmbito das políticas públicas, o que tem sido chamado ativismo judicial. Segundo o autor, isso se deve ao fato de se acreditar que os juízes não teriam amparo democrático direto para definir rumos para as políticas públicas, ao contrário do que ocorre com os membros do Parlamento e com os representantes do Poder Executivo<sup>11</sup>.

Entendemos, no entanto, que os juízes como atores estatais atuam legitimamente e desempenham papel decisivo nos processos de formulação e implementação das políticas públicas<sup>12</sup>. Isso se dá, especialmente, quando fazem controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, que são expressões bastante palpáveis da manifestação da ação estatal na vida dos cidadãos.

Para Ada Pellegrini Grinover, a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas deve ocorrer no sentido de compatibilizá-las com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, da Constituição Federal de 1988), seja implementando-as ou corrigindo-as quando consideradas equivocadas<sup>13</sup>.

Edilson Pereira Nobre Júnior argumenta que “*o ativismo decorrente da interpretação da Lei Maior é imprescindível para a atualização dos seus princípios*”<sup>14</sup>. A interpretação judicial, sobretudo em sede de controle abstrato de constitucionalidade, influencia diretamente a atuação dos atores e os rumos da implementação das políticas públicas.

Por outro lado, Paulo Paiva argumenta que a discussão sobre a proeminência decisória do Poder Judiciário na estrutura estatal, que se baseia no paradigma norte-americano de controle de constitucionalidade, não é tema recente e que o debate já existia desde a primeira metade do século XX<sup>15</sup>. Segundo ele, muitos elementos presentes na discussão constitucional contemporânea podem servir para mensurar o papel políti-

9 SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 86.

10 CAMBI, Eduardo. *Neonstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 178.

11 NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. *A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 91-117, jan./mar. 2011. p. 95.

12 SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 86.

13 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada PELLEGRINI; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 13.

14 NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. *A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 91-117, jan./mar. 2011. p. 97.

15 PAIVA, Paulo. Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial. In: FELLETT, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 501-502.



co exercido pelas cortes constitucionais no sistema democrático de governo<sup>16</sup>. O autor afirma que algumas decisões das Cortes Constitucionais:

[...] consubstanciam momentos extremos de tensão entre democracia e jurisdição constitucional e alimentam a dúvida se a forma de governo democrática está sendo substituída por uma **juristocracia**, ou se apenas se espalha pelo mundo o modelo norte-americano, que tem em um constitucionalismo rígido e radicalmente contramajoritário a principal característica de sua forma de governo.<sup>17</sup>

A atuação dos órgãos de jurisdição constitucional pode gerar certa tensão entre a democracia e o constitucionalismo. Segundo Paulo Paiva, ao analisar essa atuação são utilizados pela doutrina moderna termos como ativismo judicial e juristocracia. O primeiro pode ser entendido como a atuação contramajoritária das cortes constitucionais em relação ao Poder Legislativo. O segundo, como a proeminência da atuação do judiciário em âmbito de controle abstrato da constituição<sup>18</sup>. Ambos discutem a legitimidade da influência da atuação do Poder Judiciário nos rumos das políticas públicas.

Segundo Paiva, o papel da teoria constitucional moderna seria explicar e justificar a atuação do Poder Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, em decisões contramajoritárias<sup>19</sup>. Os debates na arena judicial, muitas vezes espelham os antagonismos travados nas discussões sobre as políticas públicas no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Executivo, instâncias que tradicionalmente conduzem os debates sobre problemas públicos.

Não raramente, o debate político é trazido para a arena judicial, especialmente para as Cortes Constitucionais. As grandes questões em jogo na formulação e implementação das políticas públicas são levadas aos tribunais com uma roupagem jurídica que naturalmente reduz a complexidade dos problemas públicos. Nesse momento, os juízes constitucionais tornam-se protagonistas no processo de *policy-making*, embora não detenham, necessariamente, de instrumentos mais democráticos de tomada de decisão.

Essa limitação pode ser atenuada com a utilização de um modelo de hermenêutica constitucional pluralista, como o proposto pelo jurista alemão Peter Häberle. A previsão da participação da figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas em procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade discutidos no STF, seriam formas de trazer para a arena judicial atores e questões sociais, políticas e econômicas relevantes no processo de desenvolvimento da política pública que será afetada com a decisão da Corte Constitucional.

### 3. A PARTICIPAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* E AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF

A participação no processo de interpretação da Constituição que pode influenciar na implementação de políticas públicas é viabilizada por meio da adequação do processo constitucional. Segundo Peter Häberle:

[...] uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia<sup>20</sup>.

16 PAIVA, Paulo. Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial. In: FELLETT, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 504.

17 PAIVA, Paulo. Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial. In: FELLETT, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 508.

18 PAIVA, Paulo. Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial. In: FELLETT, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 499-501.

19 PAIVA, Paulo. Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial. In: FELLETT, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 499-501.

20 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 49.

O *amicus curiae* é alguém que, por vontade própria ou por convocação, intervém no processo para oferecer à Corte Constitucional sua perspectiva acerca de determinada matéria controvertida, prestar informações técnicas ou científicas cujo domínio escape a questões jurídicas, ou para defender grupos de interesse que possam ser direta ou indiretamente afetados pela decisão a ser tomada<sup>21</sup>. Ele se manifesta de forma escrita, por sustentação oral; ou como convidado nas audiências públicas, quando essas são admitidas pela Corte Constitucional.

O *amigo da Corte (amicus curiae)* é figura que se conhece primeiramente no direito norte-americano, onde é chamado de *friend of the Court*. Trata-se, assim, de uma transposição normativa. Incidentalmente utilizado em processos que discutiam ações afirmativas, o *amicus curiae* mostrou-se um instituto adequado para coleta de opinião, posição e informação, por parte do Poder Judiciário<sup>22</sup>.

No Brasil, a realização de audiências públicas fora prevista na Constituição Federal de 1988 como atividade típica do Poder Legislativo, no âmbito das Comissões Parlamentares (art. 58, 2o., II). Para a Corte Constitucional, as audiências públicas constituem-se novidade. A primeira delas foi realizada por designação do Ministro Carlos Ayres Britto, em 2007. Essa audiência ocorreu no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF, que discutia a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapias, impugnando a constitucionalidade da Lei de Biossegurança<sup>23</sup>, tema altamente polêmico no Brasil.

### 3.1. A legislação processual constitucional de regência

Embora já se tenha notícia da participação de *amici curiae* em ações constitucionais de maneira informal, mediante a simples juntada de memoriais a autos do processo<sup>24</sup>, o advento de legislação que previu a realização de audiências públicas pela Corte Constitucional e a participação de terceiros, consagrou a incorporação das ideias de Peter Häberle no Direito brasileiro<sup>25</sup>.

O argumento central do autor alemão, ao propor a abertura dos tribunais constitucionais a outros atores, enfoca a necessidade de uma democratização da interpretação da Constituição. Propõe uma valorização da interpretação constitucional não oficialmente competente (juízes e tribunais) como subsídio à hermenêutica constitucional das sociedades atuais.

Isso possibilita, sob o ponto de vista da implementação de políticas públicas, a institucionalização de uma nova arena de discussão de problemas públicos vinculados a uma determinada política. Nesse espaço público, embora sejam os juízes constitucionais os grandes protagonistas, proporciona-se uma oportunidade de participação de social democrática.

A Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, que trata sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal, dispõe que, antes do julgamento, o relator poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emissão de parecer, ou fixar data para que, em audiência pública, se possa ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria<sup>26</sup>.

21 MEDINA, Damares. Quem pode ser amigo da corte? *Revista Jurídica Consulex*, ano 13, n. 308, nov. 2009. p. 50.

22 MEDINA, Damares. Quem pode ser amigo da corte? *Revista Jurídica Consulex*, ano 13, n. 308, nov. 2009. p. 50.

23 LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência da figura do 'amicus curiae'. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 2, n. 1, p. 40-49, jan./jun. 2010.

24 MEDINA, Damares. Quem pode ser amigo da corte? *Revista Jurídica Consulex*, ano 13, n. 308, nov. 2009. p. 51.

25 Cf. previsto em: COELHO, Inocêncio M. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998. p. 157.

26 Art. 9º, § 1º, da Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999.

No mesmo sentido, a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) da jurisdição constitucional, prevê que, antes da apresentação do relatório e do julgamento, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado e poderá ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que para emissão de parecer, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria<sup>27</sup>. Na lei que rege o procedimento da ADPF, ficou explícita a possibilidade de sustentação oral e a juntada de memoriais por parte dos colaboradores do processo de interpretação<sup>28</sup>.

A abertura procedimental no processo de interpretação constitucional está expressa também no Regimento Interno do STF. Cabe ao Presidente da Corte ou ao relator da ação decidir de forma irrecurável sobre a participação de terceiros interessados no processo, bem como designar a realização de audiência pública para ouvir especialistas ou pessoas com experiência em matéria discutida no âmbito do Tribunal, sempre que entenderem necessário *o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante*<sup>29</sup>.

### 3.2. As experiências no STF

Recente estudo analisou a influência da participação da figura do *amicus curiae* nos processos de tomada de decisão do STF<sup>30</sup>. Levantou-se que entre 1992 e 2008, dos pedidos de ingresso como *amicus curiae*, foram juntados a autos de processo, isto é acolhidos pelo relator, 85,8% dos casos. A maioria desses pedidos é de associações, o que demonstra que atores recorrentemente excluídos dos processos de jurisdição constitucional, especialmente na modalidade de controle concentrado, têm podido participar cada vez mais do procedimento de interpretação constitucional. Deve-se notar que 90% dos amici são admitidos nas ações de controle concentrado<sup>31</sup>.

Considera-se que no Brasil a Corte Constitucional tem sido bastante permeável a participação dos amici curiae, especialmente nos procedimentos de controle concentrado. Constatando isso, o referido estudo indica forte relação entre o êxito da tese apoiada pelo amicus e sua participação nos procedimentos. Os resultados da pesquisa reforçaram a hipótese de que o ingresso dos amici curiae influencia a tomada de decisão do STF.

O estudo já citado conclui que a atuação dos amici curiae tem influenciado as decisões do STF. Critica-se a essa atuação, visto que, a depender do desempenho, a participação do amicus curiae pode desvirtuar a finalidade de sua ação. Originalmente seu papel seria auxiliar a corte a decidir, oferecendo elementos fáticos e compartilhando com os julgadores informações mais precisas sobre as questões que realmente estariam em jogo na decisão constitucional, e não simplesmente ajudar a reforçar os argumentos de uma das partes litigantes, pois isso poderia causar um desequilíbrio na relação processual<sup>32</sup>.

Verifica-se também que nem todas as ações que repercutem em políticas públicas são realizadas audiências públicas. Como já visto acima, sua convocação dá-se a partir do entendimento de sua necessidade pelo relator da ação ou pelo Presidente da Corte Constitucional, se este considerar que é necessário *o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante*, o que nem sempre ocorre.

As audiências públicas podem se desdobrar por vários dias sobre o mesmo tema, a depender da complexidade e do número de participantes admitidos pelo ministro relator. Até o momento já foram realizadas

27 Art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro 1999.

28 Art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro 1999.

29 Art. 13, XVII e XVIII; art. XVII e XVIII, do Regimento Interno do STF.

30 MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. p. 113-115.

31 MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. p. 118.

32 MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168-170.

pelo STF 16 audiências públicas, todas elas versaram sobre temas controversos de implementação de políticas públicas. Envolveram principalmente temas relativos a aspectos de proteção ambiental em contraposição à questões de ordem econômica e sobre valores morais ainda controversos na opinião pública<sup>33</sup>.

### 3.3. O caso da demarcação de terras quilombolas

Em abril de 2012, iniciou-se o julgamento da ADI 3.239-DF, em que se discute a constitucionalidade do Decreto 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A ação fora proposta em 2004 pelo Partido da Frente Liberal-PFL, hoje denominado Democratas-DEM, cuja linha ideológica conservadora de centro-direita representa sobretudo os grandes produtores agrícolas e pecuaristas, e as tradicionais oligarquias rurais no país. A ADI 3.239 baseou-se nos seguintes fundamentos:

- 1 a impossibilidade de edição de regulamento autônomo para tratar da questão, haja vista o princípio constitucional da legalidade;
- 2 a inconstitucionalidade do uso da desapropriação, prevista no art. 13 do Decreto 4.887/03, bem como do pagamento de qualquer indenização aos detentores de títulos incidentes sobre as áreas quilombolas, tendo em vista o fato de que o próprio constituinte já teria operado a transferência da propriedade das terras dos seus antigos titulares para os remanescentes dos quilombos;
- 3 a inconstitucionalidade do emprego do critério de autoatribuição, estabelecido no art. 2º, caput e § 1º do citado Decreto, para identificação dos remanescentes de quilombos;
- 4 a invalidade da caracterização das terras quilombolas como aquelas utilizadas para “reprodução física, social, econômica e cultural do grupo étnico” (art. 2º, § 2º do Decreto 4.887/03) – conceito considerado excessivamente amplo - bem como a impossibilidade do emprego de “critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades de quilombos” para medição e demarcação destas terras (art. 2º, § 3º), pois isto sujeitaria o procedimento administrativo aos indicativos fornecidos pelos próprios interessados.<sup>34</sup>

Durante o julgamento, a Advocacia-Geral da União-AGU, intérprete legitimado constitucionalmente, atuou como defensora da manutenção da norma impugnada. Durante a sustentação oral no julgamento, salientou o caráter compensatório art. 68 do ADCT como ação afirmativa a ser realizada pelo Estado. Argumentou que, na construção do decreto impugnado, utilizou-se de paradigma antropológico contido na Constituição. Justificou a incorporação do elemento de autodeclaração como um dos requisitos necessários à identificação da comunidade quilombola, fundamentando-se na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho-OIT<sup>35</sup>. Defendeu a necessidade de desapropriação para compensar terceiros de boa-fé que se encontravam nas áreas pleiteadas pelos quilombolas<sup>36</sup>.

33 Os temas das audiências públicas realizadas até o presente momento foram: Internação hospitalar com diferença de classe no SUS; Alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil; Programa “Mais Médicos”; Biografias não autorizadas; Financiamento de Campanhas Eleitorais; Regime Prisional; Queimadas em Canaviais; Campo Eletromagnético em Linhas de Transmissão de Energia; Marco Regulatório sobre TV por Assinatura no Brasil; Pesquisas com Células Tronco Embrionárias; Proibição do Uso de Amianto; Lei Seca; Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior; Interrupção de Gravidez- Feto Anencéfalo; Importação de Pneus Usados e Judicialização do Direito à Saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em: 25 out. 2014.

34 Cf. SARMENTO, Daniel. *Territórios Quilombolas e Constituição*: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03. Parecer da Procuradoria Regional da República da 2ª Região, elaborado por solicitação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro: março de 2008. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/adi3239/territorios-quilombolas-e-constituicao-a-adi-3-239-e-a-constitucionalidade-do-decreto-4-887-03>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

35 Tratado internacional ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 5.051/04.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGU defende a constitucionalidade de decreto que regulamentou ocupação de áreas de quilombos*. Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205298&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

A Procuradoria-Geral da República-PGR também defendeu a constitucionalidade do decreto presidencial. Na sustentação oral, relatou as dificuldades iniciais de compreensão do disposto no art. 68 do ADCT, argumentou, com base em estudos antropológicos, a relação transcendental com a terra que possuem os quilombolas. Com base em material de organizações não governamentais, explicou a luta dos descendentes de quilombolas para garantir seus direitos territoriais. Defendeu o caráter inclusivo da Constituição com relação às minorias. Considerou as indenizações justas e necessárias nos casos previstos no Decreto impugnado<sup>37</sup>.

O Decreto 4.887, de 2003, que criou procedimento administrativo no âmbito do Poder Executivo Federal para garantir os direitos às terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas, claramente assegurados na Constituição de 1988, possui nítida função de ação afirmativa. É patente a dimensão social da questão debatida, visto que se trata de direitos territoriais de minorias prioritariamente rurais, portadoras de identidade étnica, cultura e tradições próprias, vivendo em sua maioria em condições de extrema pobreza. Trata-se de manifestação jurídica da implementação de política pública de viés social.

Segundo dados da Fundação Palmares, entidade pública responsável pelo cadastramento dos quilombolas, existem hoje mais de 1.200 comunidades quilombolas cadastradas. Estima-se que possam ser 3.000 comunidades. Segundo a AGU, até o momento foram concedidos 110 títulos, envolvendo mais de 11 mil pessoas<sup>38</sup>. A decisão sobre a constitucionalidade do decreto afetará essas comunidades, refletindo nos rumos das políticas públicas destinadas à salvaguarda de seus direitos. A par disso, como pano de fundo, emergem as controvertidas questões fundiárias que no Brasil contrapõem no cenário político, jurídico e institucional diversos atores, representando os mais variados interesses (proprietários rurais, posseiros, trabalhadores sem-terra, ambientalistas, indígenas, quilombolas, populações tradicionais, etc.).

Na ADI 3.239/DF, foram admitidos 25 amici curiae, dentre eles organizações não governamentais de defesa de minorias, do meio ambiente e de direitos humanos, associações de classe, instituições de estudos jurídicos, associações órgãos públicos, representantes dos Estados federados, do setor produtivo industrial e agrário, de organizações religiosas, de comunidades de quilombolas, dentre outros<sup>39</sup>.

Além da AGU e PGR, mais de 40 entidades, até mesmo algumas não admitidas como *amicus curiae*, pleitearam a realização de audiência pública para que pudessem ser apresentados argumentos para colaborar na decisão da Corte. Como o debate foi trazido para a arena judicial, muitos atores consideraram necessário viabilizar a participação, dando voz a todos os envolvidos no processo da política pública afetada.

Fizeram sustentação oral, além do autor, da AGU e da PGR, seis *amici curiae*<sup>40</sup>. Em defesa dos direitos das comunidades quilombolas: um da CNBB, um do Estado do Paraná, um de associações quilombolas e um de institutos de defesa de direitos de minorias. Em defesa dos argumentos levantados pelo autor da ação, o DEM, falaram o advogado da Associação Brasileira de Celulose e Papel-Bracelpa e o representante da Sociedade Rural Brasileira<sup>41</sup>.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PGR se manifesta pela improcedência da ADI 3239*. Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205293>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGU defende a constitucionalidade de decreto que regulamentou ocupação de áreas de quilombos*. Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205298&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

39 As entidades admitidas como amici curiae na ADI 3239-DF, rel. Min. Cezar Peluso. ADI foram: Instituto Pro Bono; Conectas Direitos Humanos; Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; Centro pelo direito à moradia contra despejos – COHERE; Centro de justiça global; Instituto socioambiental – ISA; Instituto de estudos, Formação e assessoria em políticas sociais – Polis; Terra de direitos; Federação dos trabalhadores na agricultura do Estado do Pará - FETAGRI-PARÁ; Estado do Pará; Estado de Santa Catarina; Confederação Nacional da agricultura e pecuária do Brasil – CNA; Confederação nacional da indústria – CNI; Associação brasileira de celulose e papel – BRACELPA; Sociedade rural brasileira; Centro de assessoria jurídica popular mariana crioula; Koinonia presença ecumênica e serviço; Associação dos quilombos unidos do barro preto e indaiá; Associação de moradores quilombolas de Santana - Quilombo de Santana; Coordenação das comunidades negras rurais quilombolas de Mato grosso do Sul; Instituto nacional de colonização e reforma agrária – INCRA; Estado do Paraná; Conferência nacional dos bispos do Brasil – CNBB; Instituto de advocacia racial e ambiental – IARA; Clube palmares de Volta Redonda – CPVR.

40 A possibilidade de sustentação oral por representantes dos amici curiae remontam ao precedente aberto na ADI 2.777, rel. Min. Cezar Peluso.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decreto questionado na ADI dos quilombolas é defendido por interessados na tribuna do STF*. Brasília,

O relator da ação, Ministro Cezar Peluso, à época Presidente da Corte, conheceu da demanda e proferiu o voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, com modulação dos efeitos da decisão para assegurar a validade dos títulos emitidos até a data do julgamento. Com relação à realização da audiência pública, afirmou que, a despeito dos diversos pedidos, não identificou razão para convocá-la, pois a demanda se restringiria a matéria de direito não envolvendo complexidade técnica. No seu entendimento os autos já estariam suficientemente bem instruídos. Para o ministro relator, as questões referentes às comunidades se encerrariam numa questão meramente temporal, desprezando-se trabalhos “metajurídicos” desenvolvidos por juristas e antropólogos no sentido de ampliar e modernizar o conceito de “quilombos”. O sentido apreendido do texto constitucional não mereceria análise que extrapolasse a dimensão meramente jurídica<sup>42</sup>.

O relator parece ter optado, embora com o acolhimento da participação dos *amigos da Corte*, por uma interpretação constitucional de uma *sociedade fechada* ao não reconhecer a complexidade das questões antropológicas, agrárias e sociais envolvidas na questão quilombola. No entanto, acreditamos que o julgamento desse processo é atuação judicial na implementação de política pública. A decisão jurídica ali extraída deverá definir os rumos da política afirmativa em questão.

Após proferido o voto, a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos, o que postergou a decisão da Corte para data a ser definida ainda. No caso, as minorias a serem afetadas pelo julgamento da ação constitucional, embora representadas em número expressivamente maior, pelo menos até o momento, parecem não ter apresentado argumentos, além dos jurídicos, que pudessem sensibilizar o relator da matéria para uma abertura procedimental maior do que já fora concedida.

Pode-se conjecturar que a realização da audiência pública, como ocorrido em caso que também envolvia questões ligadas a ações afirmativas envolvendo minorias afrodescendentes (ADPF 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS)<sup>43</sup>, poderia ter contribuído para o aprofundamento do debate em questão controversa que envolve minorias étnicas e raciais e seus direitos territoriais, contrapostos a interesses econômicos, sociais, culturais, ambientais e até institucionais. Esse debate é basilar para a implementação das políticas públicas destinadas a afrodescendentes.

A retomada do julgamento e a fundamentação das decisões poderão indicar se, no caso dos quilombolas a interpretação constitucional deverá ser aprimorada, abrindo-se a Corte para uma ampliação da participação por meio da realização, ainda que tardia de audiência pública, ou se as manifestações do *amici curiae* da forma como realizadas foram suficientes para expressar a pluralidade de ideias e interesses que cercam o tema de política pública.

## 4. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário influencia a implementação de políticas públicas, especialmente por meio da atuação das Cortes Constitucionais. A atuação dos juízes mostra-se relevante no processo de desenvolvimento das políticas públicas, especialmente quando problemas públicos altamente controversos são levados a serem discutidos nos tribunais. Os juízes são atores estatais que atuam legitimamente e desempenham papel decisivo nos processos de implementação das políticas públicas. Isso se dá, principalmente, quando fazem controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, que são expressões da manifestação da ação estatal na vida dos cidadãos.

18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205329>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

42 Informativo STF nº 662. Brasília, 16 a 20 de abril de 2012.

43 Ações que versam sobre as políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior.

A proposta de abertura do círculo de intérpretes da Constituição, conforme proposto pelo jurista alemão Peter Häberle, que na legislação brasileira revela-se por meio da realização de audiências públicas e admissão da figura do *amicus curiae* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do STF, mostra-se instrumento relevante para a ampliação do debate sobre questões que interferem na implementação das políticas públicas, levadas para os tribunais constitucionais.

O caso trazido para a análise é exemplo de como a Corte Constitucional brasileira tem utilizado esses instrumentos de participação social para ampliar o debate acerca de temas controversos na implementação de políticas públicas discutidos nos tribunais. A controvérsia sobre a constitucionalidade do Decreto de demarcação das terras quilombolas deverá contribuir de forma importante para futuras discussões sobre a política pública de ação afirmativa destinada a afrodescendentes no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGU defende a constitucionalidade de decreto que regulamentou ocupação de áreas de quilombos*. Brasília, 18 abr. de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205298&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decreto questionado na ADI dos quilombolas é defendido por interessados na tribuna do STF*. Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205329>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PGR se manifesta pela improcedência da ADI 3239*. Brasília, 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205293>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoproceduralismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio M. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998.

DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 13. ed. Boston: Longman, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada PELLEGRINI; WATANABE, Kazuo (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a lei de biossegurança como forma de ocorrência da figura do 'amicus curiae'. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 2 n. 1, p. 40-49, jan./jun. 2010.

MEDINA, Damares. Quem pode ser amigo da corte? *Revista Jurídica Consulex*, ano 13, n. 308, nov. 2009.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. *A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 91-117, jan./mar. 2011.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? As novas faces do ativismo judicial. In: FELLET, André Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Org.). Salvador: Juspodivm, 2011.

SARAVIA, Enrique. Ciclo de vida da política pública. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (Org.). *Dicionário de Políticas Públicas*. São Paulo: FUNDAP, 2013. v. 1.

SARMENTO, Daniel. *Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03*. Parecer da Procuradoria Regional da República da 2ª Região, elaborado por solicitação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Rio de Janeiro: março de 2008. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/adi3239/territorios-quilombolas-e-constituicao-a-adi-3-239-e-a-constitucionalidade-do-decreto-4-887-03>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

THEODOULOU, Stella Z. The contemporary language of public policy: a starting point. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. *Public Policy: the essential readings*. New Jersey: Prentice Hall, 1995.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Políticas públicas e  
etnodesenvolvimento  
com enfoque na legislação  
indigenista brasileira**

**Public policies and  
ethnodevelopment with focus  
on Brazilian indian law**

Fábio Campelo Conrado de Holanda

# Políticas públicas e etnodesenvolvimento com enfoque na legislação indigenista brasileira\*

## Public policies and ethnodevelopment with focus on Brazilian indian law

Fábio Campelo Conrado de Holanda\*\*

### RESUMO

O objetivo do presente artigo consiste em promover uma breve digressão histórica sobre a forma como o Estado se relacionou com as comunidades indígenas no território brasileiro, através do Direito, subjugando a autonomia dos referidos povos ao desiderato integracionista com viés etnocêntrico. Ao longo de uma abordagem original, de caráter multidisciplinar (considerando a necessidade de tangenciar conceitos da Ciência Política e da Antropologia), pretende-se ilustrar a evolução do tratamento jurídico dado às citadas minorias étnicas, cuja gradual organização política induziu o aperfeiçoamento de políticas públicas conjugadas à promoção do chamado etnodesenvolvimento. Valendo-se de bibliografia nacional e estrangeira, a conclusão do arrazoado demonstrará que o planejamento, a execução e a avaliação de políticas públicas envolvendo os povos indígenas tem estreita relação com o estudo dos direitos humanos, na medida em que se impõe o enfrentamento da inconciliável relação entre o respeito à diversidade e a intolerância, a par da dicotomia entre a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e os dilemas da globalização econômica.

**Palavras-Chave:** Políticas Públicas. Etnodesenvolvimento. Direitos Humanos.

### ABSTRACT

The aim of this paper is to promote a brief historical digression on how the State was related to indigenous communities in Brazil, subjugating the autonomy of these people to the integrationist desideratum with ethnocentric bias. Along an original approach, multidisciplinary, intended to illustrate the evolution of the legal treatment of the aforementioned ethnic minorities, whose gradual political organization induced the improvement of public policies combined to promote the so-called ethno-development, whose theoretical premises will also be exposed. Taking advantage of domestic and foreign literature meeting, the conclusion of reasoning will show that the planning, execution and evaluation of public policies involving indigenous peoples is closely related to the study of human rights, to the extent that is needed to cope with the irreconcilable relationship between respect for diversity and intolerance, along with the dichotomy between the protection of economic, social, cultural and environmental and dilemmas of economic globalization.

\* Artigo convidado.

\*\* O autor, Fábio Campelo Conrado de Holanda, é doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e procurador federal da Advocacia-Geral da União, em Fortaleza/CE. Contato: [fabiodeholanda@agu.gov.br](mailto:fabiodeholanda@agu.gov.br)

**Keywords:** Public Policy. Ethnodevelopment . Human Rights.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo consiste em promover uma breve digressão histórica sobre a forma como o Estado se relacionou com as comunidades indígenas no território brasileiro, através do Direito, subjugando a autonomia dos referidos povos ao desiderato integracionista com viés etnocêntrico. A justificativa para a escolha do tema tem sua origem na experiência forense do autor, mais especificamente no quinquênio em que acompanhou a defesa das políticas públicas federais em prol das comunidades indígenas no Estado de Roraima, cujo espaço geográfico alberga intenso conflito interétnico e constantes questionamentos à ação estatal.

Ao longo da abordagem, de caráter multidisciplinar, pretende-se ilustrar no primeiro tópico a evolução do tratamento jurídico dado às citadas minorias étnicas, destacando a circunstância de sua gradual organização política ter induzido no aperfeiçoamento de políticas públicas conjugadas à promoção do chamado etnodesenvolvimento, cujas premissas teóricas serão também expostas no tópico seguinte.

As críticas que o arrazoado encontrará serão suficientes retribuições ao esforço desempenhado, porque significarão a retomada e o avanço do tratamento de tema tão caro, para quem, como o autor, aqui revela, mais do que nunca, o interesse pelas dinâmicas sociais que criticam o papel do Estado no intuito de promoção do desenvolvimento das minorias étnicas, cuja matriz constitucional tem nos artigos 3º, IV e 4º, inciso III, dois de seus pilares.

## 2. A LEGISLAÇÃO INDIGENISTA EM MEIO AOS CONFLITOS POLÍTICOS

Na esteira de outros países da América Latina, o Brasil estabeleceu um conjunto de normas que regulavam a situação dos indígenas, possibilitando a dominação e a subordinação deles. Esse sistema jurídico, em geral, visava a homogeneizar as diversas etnias sob um só denominador, o índio genérico, fazendo crer que a realidade social é homogênea.<sup>1</sup>

Considerados animais por alguns e algo intermediário entre feras e homens por outros, os indígenas se submeteram durante muitos anos ao regime da “tutela”. A propósito, Colaço<sup>2</sup> é didática, ao esclarecer que a ideia da incapacidade do índio proveio de uma série de dúvidas que os europeus tinham em relação à sua natureza humana. Acerca desse instituto civilista, era caracterizado como o poder conferido pela legislação à pessoa capaz, com o propósito de proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora do pátrio poder.

Inaugurada a legislação indigenista pátria sob os influxos do ordenamento jurídico português, do qual era dependente, o reconhecimento das “nações” indígenas (a par das alianças com os nativos, visando a conter ataques inimigos) compunha a estratégia política de reforçar a autoridade do Governo-Geral instalado na Bahia.<sup>3</sup> Estabeleceu-se uma classificação dos indígenas de acordo com o nível de assimilação das orientações imperiais que lhes eram impostas. Os chamados “desobedientes índios inimigos” eram sujeitos à violenta repressão, respaldada na denominada “guerra justa”. Aos “índios amigos”, de outro lado, outro tipo de violência silenciosa se instaurava, o gradual etnocídio. É que, ao serem trazidos de suas aldeias para os povoados

1 ROCHA, Leandro Mendes. *A política indigenista no Brasil: 1930-1967*. Goiânia: UFG, 2003. p. 65.

2 COLAÇO, Thais Luzia. *Incapacidade indígena: tutela religiosa e violação do dever guarani pré-colonial nas missões jesuítas*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 104.

3 ALMEIDA, Rita Heloisa de. *O Diretório dos Índios: um projeto de civilização no Brasil do séc. XVIII*. Brasília: UnB, 1997. p. 88.

portugueses, eram catequizados e “civilizados”, destacados para trabalhos domésticos e de roça, transformando-se no “grosso dos contingentes de tropas de guerra contra inimigos tanto indígenas quanto europeus”.<sup>4</sup>

O rosário de “invenções jurídicas” engendradas no período colonial previa ainda o instituto do “resgate”, facilitador da legalização da escravidão indígena (mesmo não sendo inimigo dos europeus, todo indígena comprado ou resgatado de seus inimigos era transformado em escravo pelos colonos).<sup>5</sup>

Acerca da evolução do instituto da tutela no período colonial brasileiro e da dicotomia entre as sociedades indígenas independentes (livres do aldeamento) e as subjugadas ao poder temporal dos missionários ou dos administradores da Coroa, existiu um hiato na aplicação desse instituto durante 1755 e 1757 (lapso em que o Marquês de Pombal concedeu aos índios uma “emancipação dos jesuítas”), tendo sido retomada sua aplicação pelo irmão de Pombal (Mendonça Furtado) com a criação dos Diretórios dos Índios, incumbidos de governar suas povoações até que os índios tivessem capacidade para se governarem.<sup>6</sup>

Lei de 27 de outubro de 1831 revogou as Cartas Régias de 1808 (que declaravam guerra aos índios de Minas Gerais e São Paulo e autorizavam a servidão por 15 anos aos prisioneiros), passando a considerar os indígenas como órfãos e entregando-os aos respectivos juízos até a assunção de um trabalho assalariado para eles. Registre-se o fato de que essa norma era destinada apenas aos índios em servidão no Território Brasileiro (não se estendendo aos índios aldeados e isolados). Decreto de 3 de junho de 1833 concedeu aos juízes de órfãos a administração provisória dos bens indígenas. A estratégia de etnocídio em desfavor das populações indígenas foi reforçada pelo Decreto nº 426, de 26 de julho de 1845, cujo propósito era recrutar índios para o serviço público, atribuindo-lhes cargos, funções e graduações militares.<sup>7</sup>

O Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854, estabeleceu que, a depender do grau de civilização dos índios, o Governo lhes concederia o pleno gozo das terras (excluídas aquelas cobiçadas pelo Império).

A violência contra os valores e costumes indígenas era tão escancarada que, no ano de 1907, o diretor do Museu Paulista publicou um artigo defendendo o extermínio dos índios hostis, cuja repercussão negativa motivou o Governo Federal (acuado diante da opinião pública), por conduto do Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, a criar o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI), tendo como missão principal a de transformar o índio em trabalhador nacional.<sup>8</sup>

A estratégia de incorporação cultural dos indígenas se intensificou desde a República, pois o cientificismo, corolário do positivismo (sob o pano de fundo da ordem e progresso) “alimentariam ações no sentido de levar os índios ainda apegados a costumes particulares à assimilação às classes de trabalhadores rurais”.<sup>9</sup>

As Constituições brasileiras de 1824 e de 1891 foram omissas sobre os direitos dos índios. Quase ao mesmo tempo da criação do SPI, estabeleceu-se como norma fundamental sobre o assunto o artigo 6º, inciso III, do Código Civil de 1916, que previa a inclusão dos índios na lista dos relativamente incapazes para certos atos da vida civil, e sua submissão à tutela do Estado, com a possibilidade de verem cessar esse regime tutelar, na medida em que fossem se adaptando à civilização do País. Fugindo aos propósitos originais do instituto (o de amor substitutivo do pai), a tutela dirigida ao indígena representou um instrumento político-econômico de dominação e subjugação do Estado, disposto a gerir o patrimônio e transformando-se em instrumento de opressão, por tratar o tutelado como se fosse um adversário derrotado.<sup>10</sup>

4 PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1992. p. 118.

5 ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 195.

6 CUNHA, Manuela Carneiro da. *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1992. p. 146-147.

7 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 93-96.

8 UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Direito ao pão novo: o princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena*. São Paulo: Pillares, 2005. p. 77.

9 FUNARI, Pedro Paulo. *A temática indígena na escola: subsídios para os professores*. São Paulo: Contexto, 2011. p. 114.

10 ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Porto

O Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, foi o primeiro diploma a regulamentar o regime tutelar dos índios, distinguindo-os entre silvícolas nômades, aldeados e os pertencentes aos centros civilizados. A Constituição de 1934 foi a primeira a normatizar a tutela indígena, atribuindo à União a competência para conduzir a política indigenista e garantir aos índios a posse de suas terras (sendo-lhes vedado aliená-las). Essa previsão se manteve nas Cartas de 1937 e 1946. A Constituição de 1967 e o Ato Institucional nº 1 (que outorgou a Constituição de 1969), continham dispositivos semelhantes, incrementados pela previsão de que suas terras seriam de propriedade da União.

Um dos problemas da política indigenista do Estado à época era que a noção de tutela, contida nesse indigenismo, conduzia o órgão protetor a não respeitar a autonomia de que os grupos indígenas deveriam usufruir, pelo menos no âmbito de suas políticas internas.<sup>11</sup>

Analisando o histórico de atuação da SPI (antecedente da FUNAI), Zannoni<sup>12</sup>, expressa a existência de três períodos: a) de 1910 a 1930, que é a fase pioneira caracterizada pela polêmica entre a catequese “leiga” e a catequese “religiosa”, com embaraços estatais à ação da Igreja mediante o corte das verbas destinadas à catequese; b) de 1930 a 1964, com a retirada de Rondon da SPI após a Revolução de 30 e a retomada do patrocínio estatal à ação religiosa na educação e saúde nas áreas indígenas, finalizando com a inauguração de um período de corrupção e desleixo identificado com a década de 50; c) de 1964 a 1967, com a aceleração da crise do órgão tutor, o SPI, extinto após a publicação do “Relatório Figueiredo”.

O artigo 198 do Ato Institucional 1 ensejou a edição da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), que definiu o índio como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características o distinguem da sociedade nacional” (artigo 3º). Esta lei não organizou a tutela de Direito Público recepcionada pelo Decreto de 1928 e pelo Código Civil de 1916, confundindo conceitos e atrapalhando-se na forma (regulamentou o regime tutelar previsto na codificação civilista, revogando o Decreto de 1928, com base no princípio da tutela do direito comum, coisa que nem mesmo o Código de 1916 havia feito).<sup>13</sup>

Com o advento do Estatuto, a FUNAI (criada em 1967) capacitou os índios para as funções educativas em suas comunidades (com base nos programas de desenvolvimento comunitário, em que se buscava também combater o avanço socialista, melhorando as condições de vida no denominado “Terceiro Mundo”), sob o pálio de atender às Diretrizes da Convenção 107 de Genebra, que no seu 1º Parágrafo, dispunha sobre o direito da alfabetização nas línguas indígenas e o atendimento aos objetivos integracionais presentes do clima da década de 1970.<sup>14</sup>

Quando o governo militar no Brasil foi instado a redefinir a burocracia estatal como preparação do período desenvolvimentista que se anunciava (o chamado “milagre econômico”, em boa medida, fruto dos financiamentos externos), o SPI foi extinto, dando lugar à FUNAI, incumbida de transformar os indígenas brasileiros, integrando-os à Nação e, culturalmente, à Sociedade Nacional, sendo premente a necessidade de demarcar as terras indígenas, subsidiando-as com educação e saúde, de modo a proporcionar a inclusão dos índios no mercado de trabalho.<sup>15</sup>

---

Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 216.

11 OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”. *Revista Mana: Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, p. 39, abr. 1998.

12 ZANNONI, Cláudio. Educação Indígena e a questão da terra. In: ASSIS, Eneida (Org.). *Educação indígena na Amazônia: experiências e perspectivas*. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, 1996. p. 288-289.

13 ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008. p. 217.

14 ASSIS, Eneida. Os Palikúr: O povo do Rio do Meio. In: ASSIS, Eneida (Org.). *Educação indígena na Amazônia: experiências e perspectivas*. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, Universidade Federal do Pará, 1996, p. 64.

15 SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. *História dos índios no Brasil*. O governo dos índios sob a gestão do SPI. São Paulo: Cia das Letras, 1992. p. 170.

Ratificando este objetivo, Gomes<sup>16</sup> revelou que o propósito que informou a “elaboração, a aprovação e a divulgação do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) era a preocupação do governo federal com sua imagem no exterior, afetada por denúncias de violação de direitos humanos”, sentidas desde o nascedouro do regime militar.

Como na época do SPI não havia programas educacionais bilíngues por falta de pessoal capacitado, a FUNAI traçou novo planejamento desde 1959, recorrendo ao *Summer Institute of Linguistics* (SIL). O ensino obrigatório de línguas indígenas, previsto no Estatuto do Índio, deveria ser feito com suporte na descrição técnica das línguas indígenas, para elaboração de escritas que se aproximassem da análise empreendida por linguistas especializados (algo que restou inviabilizado por ter sido executado pelos próprios índios). Com isso, a Fundação visava a instaurar uma política indigenista internacionalmente aceita e cientificamente fundamentada, porém, em virtude da polêmica em torno do SIL nas Américas do Sul e Central<sup>17</sup>, o convênio celebrado foi rompido em 1977, a despeito do seu regresso em fins de 1983 (no entanto, tendo passado por uma reformulação, com o objetivo de torná-lo mais científico do que religioso, após várias críticas do meio acadêmico, oportunidade em que sua denominação passou a ser “Sociedade Internacional de Linguística”).<sup>18</sup>

Em abril de 1974, foi realizada em Diamantino, Mato Grosso, a primeira assembleia dos povos indígenas do Brasil, sob o patrocínio do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), órgão da Igreja Católica, tendo havido o encontro de lideranças tribais fora do espaço dominado pelo Estado, oportunidade em que se proporcionou a criação de condições de surgimento de uma *política indígena*, isto é, dos índios, divergente da política indigenista oficial.<sup>19</sup>

À época, a aptidão da FUNAI para resguardar os interesses indígenas era duvidosa, considerando que o presidente da entidade (um militar designado pelo Governo Federal), de 1975 a 1978, ao participar da Missão Catrimani, visitou os Yanomami e ficou surpreso pelo fato de os indígenas não falarem sua língua e estarem completamente desprovidos de roupas (quanto às casas comunais da aldeia, considerou-as uma “imundície”). O mesmo dirigente, antes de impedir a entrada de pesquisadores e missionários nas áreas indígenas de todo o País (a partir de 1977), havia participado do seminário “FUNAI e Missões” (realizado em Manaus em 1975), oportunidade em que desqualificou o CIMI como interlocutor da Igreja (pressionando os missionários ao seu desligamento em troca de liberação de verbas).<sup>20</sup>

Resultado do período de redemocratização no Brasil, a CF/88 refletiu o reencontro da sociedade brasileira com a democracia (ao menos com a previsão de eleições livres e periódicas por via do voto direto), deixando consignadas as diretrizes já assentadas nos países que se libertaram de regimes autoritários, com o predomínio do social e a ruptura com o militarismo (outros países do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, como a Argentina e o Paraguai, também pelas revisões da política indigenista).

Em âmbito internacional, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, reconheceu as aspirações desses povos a assumir o controle de suas instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, a manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, no âmbito dos Estados onde moram.

16 GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 89.

17 Este modelo de assimilação em que se tentava reduzir as especificidades das culturas indígenas a uma homogeneidade genérica, incapaz de se transformar em um instrumento que pudesse lhes trazer de volta o sentimento de pertença étnica, resgatando valores e práticas históricas esmaecidas pelo tempo e pela imposição de outros padrões socioculturais. GRUPIONI, L. D. B. Contextualizando o campo de formação de professores indígenas no Brasil. In: GRUPIONI, L. D. B. (Org.). *Formação de professores indígenas: repensando trajetórias*. Brasília: MEC/UNESCO, 2006, p. 43. (Coleção Educação para Todos).

18 FERREIRA, Mariana Kawall Leal. A educação escolar indígena: um diagnóstico crítico da situação no Brasil. In: SILVA, Aracy Lopes de Silva; FERREIRA, Mariana Kawall Leal (Org.). *Antropologia, história e educação*. 2. ed. São Paulo: Global, 2001. p. 76-78.

19 OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados?”. *Revista Mana: Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, p. 56, abr. 1998.

20 VIEIRA, Jaci Guilherme. *Missionários, fazendeiros e índios em Roraima: a disputa pela terra*. Boa Vista: UFRR, 2007. p. 156-162.

A Convenção nº 169 foi ratificada pelo governo brasileiro em 2003. Através dela, a OIT reconhece os povos indígenas e tribais como sujeitos de direito, passando a defender os direitos territoriais, políticos, econômicos e sociais desses povos. Seu antecedente histórico foi a Convenção nº 107, adotada pela OIT durante a década de 1950, cuja orientação veiculava a necessidade de que os Estados implementassem políticas de caráter integracionista, com lastro em uma legislação calcada na ideologia tutelar que orientou as políticas indigenistas brasileiras até o final da década de 1980.

Pela primeira vez, com o advento da nova ordem constitucional, deixou de ser atribuição de a União legislar sobre a integração dos povos indígenas (ou seja, sua desintegração como povos etnicamente diferenciados), cabendo-lhe, ao contrário, o dever de garantir o direito à diferença. No contexto normativo vigente, a interpretação da legislação infraconstitucional guarda estrita obediência ao Texto Constitucional (com ênfase dos aspectos moral e social e do princípio igualitário), impondo-se a partir da CF/88 a derrogação (revogação parcial) do Código Civil de 1916 e das outras leis de cunho privado.<sup>21</sup>

A chamada “constitucionalização do Direito Civil” erigiu os fundamentos da legislação civilista ao *status* constitucional, refletindo uma opção do constituinte originário indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, indo de encontro ao paradigma anterior, que era baseado na valorização do individualismo. Tal momento histórico impôs que a ordem jurídica se concretizasse nas dimensões sociais e econômicas, ambas previstas na Constituição.<sup>22</sup>

O Código Civil de 2002 estabeleceu em seu artigo 4º, parágrafo único, que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”. Sendo a Lei nº 6.001/73 anterior à CF/88, e estando relativamente incompatível com ela, conclui-se que, até ser aprovada nova legislação especial sobre o tema, o arcabouço jurídico dos indígenas carecerá de reparos, ou seja, os índios têm a necessidade de uma nova legislação constituída com sua participação, traduzindo sua expressão cultural, costumes e organização social. Os novos tempos exigem outro papel do Estado, que não deve subestimar a vontade dos índios, mas, sim, assessorá-los na defesa de seus direitos e garantias constitucionais. Julgando o Recurso em Mandado de Segurança nº 30.675/AM, o STJ confirmou que a Lei n 6.001/73 tem conceitos rejeitados pela CF/88 e pelo Código Civil de 2002, dentre os quais o de *tutela*, que não mais se cuida de um mecanismo de proteção e gradativa integração do índio à sociedade.

A dominação ainda vige, embora com nova formulação. Superado o estágio do extermínio ou da imposição do trabalho servil, persiste a visão do índio como um ser incompleto, atrasado e incapaz, justificando-se para alguns o controle do Estado sobre sua vida e seu destino.<sup>23</sup>

Na visão de Piovesan<sup>24</sup>, sete são os desafios à implementação dos direitos humanos atualmente: 1) o embate entre universalismo e o relativismo cultural; 2) a contraposição do laicismo estatal com os fundamentalistas religiosos; 3) a dicotomia entre a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e os dilemas da globalização econômica; 4) os paradoxos envolvendo o direito ao desenvolvimento e as assimetrias globais; 5) a inconciliável relação entre o respeito à diversidade e a intolerância; 6) a necessária conciliação do combate ao terrorismo com a preservação dos direitos e liberdades públicas; e 7) o fortalecimento da jurisdição internacional.

Apesar de a tutela indígena se constituir em espécie de tutela estatal oriunda do âmbito administrativo (ou seja, aqueles que nascem nas comunidades não integradas à civilização já nascem sob a tutela do Poder Público até que preencham os requisitos do artigo 9º, da Lei n 6.001/73), tem-se que, à luz da nova quadra

21 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 19-24.

22 LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

23 JUNQUEIRA, Carmen. *Antropologia indígena: uma introdução, história dos povos indígenas no Brasil*. São Paulo: EDUC, 1999. p. 87.

24 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 50-72.

constitucional, o Estado deve se ocupar como garante dos seus direitos fundamentais, fomentando o seu etnodesenvolvimento (conceito esmiuçado no próximo tópico).

O indigenismo oficial acreditava na emancipação jurídica do índio como instrumento de sua libertação, livrando-o de uma tutela inibidora do desenvolvimento individual ou comunitário; porém, cai na armadilha do formalismo paradoxal, já que a tutela seria um instrumento de defesa do índio. A tutela simbolizava um indicador de incompetência do índio para resolver os seus problemas, transferindo-se para um Estado dirigido por civilizados o ônus de fazê-lo. Assim, era comum que as unidades da FUNAI prescindissem do exame da comunidade indígena ao manifestarem suas deliberações, agindo arbitrariamente quando não de forma truculenta, ignorando a circunstância de que, sendo a incapacidade do índio apenas relativa, se de um lado ela oblitera os caminhos de um relacionamento direto e competitivo com fazendeiros e empresários, de outro lado, há de se admitir que os índios estariam em aptos para negociar suas posições com o órgão protetor.<sup>25</sup>

Corolário do art. 232 da CF/88, o Decreto nº 7.056, de 28 de dezembro de 2009, traz a expectativa de ser o principal instrumento legal a orientar a atuação da FUNAI, qualificando os povos indígenas como protagonistas de seus destinos e envolvidos legitimamente nos processos da dinâmica cultural, com uma visão multiculturalista, anti-integracionista e antitutelar. Mencionado diploma parece afinado com o moderno tratamento da questão indígena por parte do Estado brasileiro, convocando os índios na formulação, execução, avaliação e monitoramento das políticas públicas que lhe são afetas.<sup>26</sup>

Exemplo recente dessa preocupação do ordenamento jurídico com a ampliação do resguardo do patrimônio cultural indígena foi a edição da Lei 12.966, de 24 de abril de 2014, que alterou a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), para incluir a proteção à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

O legado de intervencionismo do Estado sobre as minorias étnicas ainda existe, sobretudo em relação ao tratamento de sua salvaguarda territorial. Constituindo-se como um novo segmento de agentes coletivos participativos no âmbito de uma jovem democracia (voltada à participação, ao respeito à diferença e à igualdade dos povos), os indígenas ainda estão diante de uma sociedade preconceituosa (acreditando-se, ainda que veladamente, monoétnica e unissocietária), contrária ao fomento do modo de vida que almejam.<sup>27</sup>

Por conseguinte, não podendo o Estado olvidar as demandas oriundas das comunidades indígenas (sobretudo ante o que prescreve o artigo 3º, inciso III, da CF/88), identifica-se uma tensão política que impõe uma interpretação constitucional de bases democráticas e inclusivas (e não meramente argumentativas), por meio de uma jurisdição constitucional (difusa ou concentrada).

Sobre o conceito de democracia, Dahl<sup>28</sup> esclarece que todos os membros (considerados *politicamente iguais*) deverão ser tratados (sob a Constituição) como se estivessem igualmente qualificados para participar do processo de tomar decisões sobre as políticas públicas. A democracia, assim, deverá proporcionar oportunidades para: a participação efetiva; a igualdade do voto; a aquisição de entendimento esclarecido; o exercício do controle definitivo do planejamento; e a inclusão dos adultos.

A propósito, aprimorar o sistema democrático é um componente essencial do desenvolvimento. A importância da democracia reside em três virtudes distintas: 1) sua importância intrínseca, 2) suas contribuições instrumentais, 3) seu papel construtivo na criação de valores e normas. Nenhuma avaliação da forma de governo democrática pode ser completa sem considerar cada uma dessas virtudes.<sup>29</sup>

25 OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”. *Revista Mana: Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, p. 47-48, abr. 1998.

26 DE PAULA, Luís Roberto; VIANNA, Fernando de Luiz Brito. *Mapeando políticas públicas para povos indígenas*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2011. p. 42-43.

27 LÓBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 211-219.

28 DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001. p. 49-50.

29 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 185.



Em face da propensão historicamente demonstrada do Estado com vistas a fomentar a homogeneidade étnica no seu território (no âmbito da educação escolar, por exemplo), há casos de tensão entre o exercício da cidadania e o nacionalismo etnocêntrico. Neste sentido, o aumento das demandas pelo reconhecimento invocadas pelas diversas culturas desafia a democracia contemporânea a encontrar respostas para a ação política dessas minorias, sem recrudescer os conflitos étnicos em curso.<sup>30</sup>

A participação qualificada dos grupos étnicos nas tomadas de decisão dos assuntos do Estado (oportunidade em que teriam iguais ensanchas de desenvolvimento social, econômico e cultural dentro da estrutura mais ampla) é uma faceta da sociedade multicultural, multinacional e pluriétnica em que se vive, não se confundindo (aliás, sendo diametralmente oposta) com a tese de que cada grupo étnico no mundo devesse ter o próprio Estado.<sup>31</sup>

Se na escalada da legitimidade constitucional, o século XIX foi a centena do legislador e o século XX a centúria do juiz e da justiça constitucional universalizada, pode-se aferir que o século XXI está fadado a ser a idade do cidadão governante, do cidadão povo, do cidadão soberano, do cidadão sujeito de direito internacional.<sup>32</sup> É ante esta perspectiva que se observa, no caso dos povos indígenas, a ascensão de seu protagonismo em espaços abertos à participação de seus representantes em processos de formulação e monitoramento de políticas públicas (como o Comitê Gestor do Programa Carteira Indígena; os conselhos intersetoriais, distritais e locais da saúde indígena; a Comissão Nacional de EEI; e o Conselho Nacional de Política Indigenista).

### 3. POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO

Esclarecida no tópico anterior a necessidade de protagonismo dos povos indígenas no processo de elaboração, execução e avaliação das políticas públicas em seu prol, como corolário da democracia material e participativa, amparada por tratados internacionais, o presente tópico se deterá à conceituação destas ações estatais, a par do conhecimento teórico do que se venha a entender por etnodesenvolvimento. Neste passo, a definição destas políticas voltadas à consecução da proposta inclusiva da CF/88 (a educação escolar diferenciada em favor dos indígenas, por exemplo) reclama o estudo prévio das bases teóricas da Ciência Política, incrementada pela antropologia.

O vocábulo *política* deriva do latim *politicus*, *politica*, *politicum*, cuja raiz vem do grego *polis*, significando cidade. A despeito da precisão na origem etimológica da palavra, atualmente há divergência na delimitação do significado de política (alguns adotam o conceito de política como eleição dos meios para alcançar os fins do Estado; outros acreditam que a política não se refere apenas aos meios, mas também aos fins; alguns relacionam a política com o exame do próprio Estado; há aqueles que pretendem seja a política uma arte; e há aqueles que pretendem classificá-la como ciência).<sup>33</sup>

As políticas públicas se identificam como algo complexo, um todo que empresta conotação diversa às partes que o compõem, e se concretizam em programas, ações, projetos. As ações afirmativas se definem como políticas públicas executadas pelo Estado ou por entidades privadas, visando à concretização do princípio constitucional da isonomia, arrefecendo alguma discriminação de gênero, idade, origem nacional, compleição física, cultural, estrutural *etc.*, enraizada na sociedade. Tais ações têm um caráter de exemplaridade, fomentando transformações culturais e sociais relevantes, tendentes a inculcar nos agentes sociais a utilidade e a necessidade de observância do pluralismo nas mais diversas esferas do convívio humano.<sup>34</sup>

30 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 185.

31 OLIVEIRA, João Pacheco de. Contexto e horizonte ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos et al. (Org.). *Sociedades indígenas e o direito: uma questão dos direitos humanos – ensaios*. Florianópolis: UFSC, 1985. p. 40-52.

32 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 351.

33 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 159-160.

34 GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson. (Org.). *Ações*

Cunha<sup>35</sup> esclarece que as políticas públicas são respostas do Estado às demandas que emergem da sociedade e do seu interior, identificando-se no compromisso público de ação em determinada área em longo prazo. Sua criação reclama a identificação dos diversos agentes e interesses envolvidos em determinada questão na agenda pública para depois implicar sua regulamentação.

Consoante Dias<sup>36</sup> reflete, as políticas públicas são ações estatais (na verdade, programa de ação de um governo, que pode ser executado pelos próprios órgãos governamentais ou por organizações do terceiro setor investidas de Poder Público) no afã de atender às demandas da população que se encontra em seu território, ampliando-se conforme a complexidade da sociedade (que inclui maior diversidade das demandas da sociedade para com o Estado) e dos temas emergentes na agenda política. Gerir os problemas e as demandas coletivas com o uso de metodologias que identificam as prioridades (formuladas de forma sistemática e coerente, com uma localização espacial, uma definição temporal e uma avaliação de sua viabilidade política e financeira), racionalizando investimentos por via do planejamento como forma de atingir metas predefinidas - essa é a razão de ser das políticas públicas.

A despeito de muitas definições do que seja política pública, a rigor, não existe uma só, ou melhor, já que todas essas definições assumem visão holística do tema, numa perspectiva de que o todo é mais importante do que as partes e de que as instituições, os interesses e as ideologias envolvidas no processo devem ser considerados mesmo que cada um desses fatores tenha importância relativa diversa.<sup>37</sup>

Visando, porém, a adotar um parâmetro conceitual neste trabalho, tem-se que Sposito e Carrano<sup>38</sup> promovem uma diferença entre políticas públicas e políticas governamentais, oportunidade em que mencionam órgãos legislativos e judiciários como protagonistas na concretização daquelas (as políticas públicas), destacando que seu traço marcante é o viés público-estatal:

Em sua acepção mais genérica, a ideia de políticas públicas está associada a um conjunto de ações articuladas com recursos próprios (financeiros e humanos), envolve uma dimensão temporal (duração) e alguma capacidade de impacto. Ela não se reduz à implantação de serviços, pois engloba projetos de natureza ético-política e compreende níveis diversos de relações entre o Estado e a sociedade civil na sua constituição. Situa-se também no campo de conflitos entre atores que disputam orientações na esfera pública e os recursos destinados à sua implantação. É preciso não confundir políticas públicas com políticas governamentais. Órgãos legislativos e judiciários também são responsáveis por desenhar políticas públicas. De toda forma, um traço definidor característico é a presença do aparelho público-estatal na definição de políticas, no acompanhamento e na avaliação, assegurando seu caráter público, mesmo que em sua realização ocorram algumas parcerias.

Para Almeida<sup>39</sup>, no julgamento da PET nº 3388, “foi nítido o intento do STF de exarar provimento que extrapolasse os limites subjetivos da lide, indo na esteira da objetivação do processo civil. Focando esse propósito, a Suprema Corte fixou balizas e condicionantes para outros casos de demarcação de terras indígenas, existentes não somente naquela Corte, mas em todos os órgãos – administrativos e judiciários – do Brasil.

São elementos de uma política pública: a definição do objetivo, o planejamento e os mecanismos de avaliação. Sua concepção resulta de decisão jungida nos debates do Poder Público com a sociedade civil (princípio da participação social), oportunidade em que se estabelecem os meios, agentes e fins das ações encarregadas de atingir os objetivos predeterminados (melhoria dos níveis de bem-estar social para a con-

*afirmativas*: políticas públicas contra desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 21-22.

35 CUNHA, Edite da Penha. Políticas públicas sociais. In: CARVALHO, Alysson. (Org). *Políticas públicas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 12-15.

36 DIAS, Reinaldo. *Ciência política*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 259-261.

37 SOUZA, Celina. Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa. *Caderno CRH*, n. 39, p. 12-24, jul./dez. 2003.

38 SPOSITO, Marília Pontes; CARRANO, Paulo César Rodrigues. Juventude e políticas públicas no Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 17, 2003.

39 ALMEIDA, Alisson da Cunha. Direitos Indígenas: caso TIRSS (PET 3388 e outro). *Publicações da Escola da AGU: 25 anos da Constituição e a Defesa da União no STF – Casos emblemáticos – Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal, Brasília, Ano 5, n. 26, p. 143-144, mar./2013.

cretização dos direitos à saúde, à habitação, ao lazer, à educação *etc.*), com flagrante pertinência em relação aos direitos fundamentais.<sup>40</sup>

Quando se leva em conta a condição particular de vida de cada uma das centenas de comunidades indígenas que vivem no Território Brasileiro, surgem questões quanto à possibilidade e à necessidade de que as políticas públicas se adaptem a essa diversidade, à forma pela qual os povos indígenas estão organizados.

O artigo 2º do Decreto nº 7.056, de 28 de dezembro de 2009, é claro ao exaltar a necessidade de participação das comunidades indígenas nas políticas públicas que lhes afetam, afirmando caber à FUNAI formular, coordenar, articular, acompanhar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos princípios: 1) da garantia do reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas; 2) garantia aos povos indígenas isolados do pleno exercício de sua liberdade e das suas atividades tradicionais sem a necessária obrigatoriedade de contatá-los; 3) garantia de proteção e conservação do meio ambiente nas terras indígenas; 4) garantia de promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas. A par desses deveres, impõe-se também à autarquia indígena acompanhar as iniciativas voltadas à saúde e à educação dos povos indígenas, fomentando o desenvolvimento sustentável nas terras indígenas (conforme a realidade de cada povo) e despertando o interesse coletivo para a causa indígena.

Quanto ao tema políticas públicas, tem-se que a partir da década de 1980, os povos indígenas da América Latina se envolveram em um intenso movimento de recriação e afirmação étnica (oportunidade em que a EEI vem sendo debatida pelos próprios interessados da escola: a comunidade de cada aldeia), caracterizando-se pelo ensino da língua originária, pelo trabalho crescente de professores indígenas bilíngues e pelas normas que respaldam práticas escolares baseadas nas cosmologias indígenas. O novo modelo privilegia uma relação entre as ações escolares e da sociedade, tornando a escola um espaço híbrido.<sup>41</sup>

Além da função de execução das prioridades que emergem de valores e afirmações sociais, as políticas públicas são facilitadoras da discussão pública. Para tanto, imperiosa é a participação do público como sujeito ativo dessas mudanças (e não como mero figurante dos seus desígnios, decididos por outrem), mediante instrumentos como a liberdade de imprensa e a independência dos meios de comunicação; a expansão da educação básica e escolaridade; o aumento da independência econômica *etc.*<sup>42</sup>

Na compreensão de Walsh<sup>43</sup>, muitas políticas públicas educacionais na América Latina se utilizam apenas nominalmente dos termos interculturalidade e multiculturalismo, incorporando demandas e discursos subalternizados pelo ocidente, dentro do aparato estatal em que o padrão epistemológico eurocêntrico e colonial continua hegemônico.

Como revelado no início deste tópico, no âmbito desta pesquisa o enfoque no conceito de etnodesenvolvimento se impõe paralelamente ao estudo das políticas públicas, notadamente pelo elemento étnico que lhe é peculiar. Ao tratar sobre a educação indígena, Paredes<sup>44</sup> exprime ser revelante que os grupos indígenas reclamem a estruturação e execução de políticas públicas adequadas à sua realidade, sob pena de persistirem as agressões à identidade dos índios no Brasil, não apenas quanto ao viés fundiário, mas também por via dos serviços educativos (um tipo de agressão mais sutil).

Quanto à temática do etnodesenvolvimento, Cardoso de Oliveira<sup>45</sup> o identifica com um novo modelo de desenvolvimento, caracterizado pela necessária negociação entre as partes interessadas, a saber, a

40 DIAS, Reinaldo. *Ciência política*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 261-263.

41 SACAVINO, Susana Beatriz; CANDAU, Vera Maria Ferrão. Contribuições do GT de Educação popular da Anped para a educação intercultural. In: CANDAU, Vera Maria (Org.). *Diferenças culturais e educação: construindo caminhos*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2011. p. 130-137.

42 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 318-319.

43 WALSH, Catherine. *La educación intercultural en la educación*. Peru: Ministério de Educación, 2001.

44 PAREDES, José Bolívar Burbano. Educação indígena e identidade. In: ASSIS, Eneida (Org.). *Educação Indígena na Amazônia: experiências e perspectivas*. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, 1996. p. 18-19.

45 OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Unesp; Brasília: Paralelo 15, 2006. p. 49-53.

comunidade-alvo de mudança induzida e a equipe representante do Estado-Nação. Apesar de envolver preponderantemente o aspecto econômico, diz que tal desenvolvimento não significa que a comunidade indígena abdique de outras reivindicações e lute por elas. A elevação dos níveis de alfabetização, por exemplo, é responsável pelo surgimento de uma elite indígena, ávida não apenas por ganhos materiais, mas também pelo pleno exercício da cidadania (vetor que conduzirá à sua respeitabilidade e ao resgate de seus valores e de suas formas de ver o mundo).

Para se desenvolver o humano, é necessária a criação de oportunidades sociais para expandir as capacidades humanas e a qualidade de vida (mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode obter resultados notáveis da duração e qualidade de vida de sua população).<sup>46</sup>

Na medida em que os povos indígenas se aprofundam nas relações gregárias com a sociedade nacional, interferem mais ativamente na dinâmica sociopolítica da intermediação, por meio da fundação de entidades e associações, com a elaboração de projetos (econômicos, educacionais, políticos) e a participação na vida social como produtores e consumidores, eleitores e políticos, imiscuindo-se nos cargos públicos e influenciando a máquina estatal. Ainda segundo o autor, a exemplo de todas as sociedades, as indígenas são mutantes, e suas dinâmicas sociais “internas” se reproduzem como parte de um campo social mais amplo, mantendo suas diferenças no terreno da história cultural e externadas por via da identidade étnica.<sup>47</sup>

Reavendo a importância das práticas históricas no âmbito das comunidades indígenas, Batalla<sup>48</sup> fornece interessante conceito de etnodesenvolvimento, definindo-o como o exercício da capacidade social de um povo “*para construir su futuro, aprovechando para ello las enseñanzas de su experiencia histórica y los recursos reales y potenciales de su cultura, de acuerdo com un proyecto que se defina según sus propios valores y aspiraciones*”.

Stavenhagen<sup>49</sup>, precursor do conceito de etnodesenvolvimento (utilizado em contraposição aos de etnocídio e etnocracia), assevera que o pensamento desenvolvimentista atrelado à concepção e execução de políticas públicas não pode descurar da questão étnica (ou etnicidade), considerando-a, como sempre fez, uma variável exógena, como fazia a economia do desenvolvimento, que a tinha na conta de um obstáculo à modernização. Na América Latina, sendo a maioria dos índios camponeses pobres, estariam sujeitos a dupla opressão: como índios colonizados e como camponeses explorados (não se podendo negar sua identidade étnica e sua posição na estrutura de classes), impondo-se uma revisão das políticas governamentais ‘indigenistas’ adotadas pela maioria dos governos, fomentada pela ascensão de movimentos sociais indígenas, que reafirmam seus valores culturais e reivindicam a posição dos índios na estrutura social. Assim anota Stavenhagen:

Proponho que o etnodesenvolvimento, isto é, o desenvolvimento de grupos étnicos no interior de sociedades mais amplas, deva tornar-se a principal questão da reflexão sobre o desenvolvimento, tanto teórica quanto praticamente. Não existe processo evolutivo unilinear inequívoco que conduza da existência de uma multiplicidade de grupos étnicos a uma única cultura mundial, assim como não existe evolução unilinear de uma sociedade subdesenvolvida a uma desenvolvida. [...] Uma crítica mais perniciosa sugere que a ideia de etnodesenvolvimento tenderia a isolar os grupos étnicos das correntes culturais principais, para ‘mantê-los subdesenvolvidos’. Argumentar-se-ia que o etnodesenvolvimento poderia ser usado como pretexto para manter a segregação e a opressão cultural, recusando a possibilidade de ‘integração nacional’, e reforçando, de fato, a posição da etnocracia dirigente. Um exemplo extremo desta abordagem poderia ser o *apartheid* e o chamado ‘desenvolvimento separado’ do território bantu (eufemisticamente chamado de ‘terra natal’), na África do Sul. No entanto, esta crítica é completamente

46 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 171-172.

47 ARRUDA, Rinaldo. Territórios indígenas no Brasil: aspectos jurídicos e socio-culturais. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (Org.). *Estado e povos indígenas: bases para uma nova política indigenista II*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002. p. 148-149.

48 BATALLA, Guillermo Bonfil. El Etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas, y de organización. In: BONFIL, Guilherme. *OBRAS escogidas de Guillermo Bonfil*. Mexico: Obra Publicada, 1995. Tomo 2. p. 467.

49 STAVENHAGEN, Rodolfo. *Etnodesenvolvimento: uma dimensão ignorada no pensamento desenvolvimentista*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 40-52.

infundada, pois o etnodesenvolvimento é concebido como um processo dinâmico e criativo que, mais do que limitá-las, pode liberar energias coletivas para o seu desenvolvimento. E, afinal de contas, a corrente cultural principal não passa de uma confluência de múltiplas correntes separadas. E se estas correntes separadas não puderem crescer, a corrente principal acabará por secar.

Não se pode mensurar o grau de desenvolvimento social com base na monótona repetição de padrões preestabelecidos, pois cada sociedade investe em determinados aspectos da vida social com base em sua cultura, conduzindo ao raciocínio de que é difícil cotejar o nível de evolução de algumas sociedades. Assim, é equivocada a histórica comparação da sociedade brasileira com as organizações indígenas, qualificando-as como atrasadas, mormente pela ignorância que esse pensamento conduz, sobretudo em relação à consciência que tais comunidades têm do equilíbrio e esgotabilidade dos recursos ambientais e do estilo de vida que desfrutam, com distintas relações pessoais.<sup>50</sup>

Quando o artigo 3º, inciso II, da CF/88 prevê o desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, o faz impondo ao Poder Público de todas as dimensões federativas que não subestime, nem muito menos hostilize as comunidades indígenas brasileiras, devendo, ao contrário, tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios. Logo, o desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, na atual quadra constitucional, desrespeita a norma em epígrafe, assecuratória de um tipo de desenvolvimento tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.<sup>51</sup>

Promovendo uma reflexão sobre o conceito de progresso e seus reflexos no âmbito da educação e da cultura, Dupas<sup>52</sup> expressa que o legado de passivos de guerras, miséria e danos ambientais, deixado pelo século XX, despertou a seguinte indagação: “o modelo capitalista ocidental de desenvolvimento nos fez mais sensatos e felizes? Ou podemos atribuir parte de nossa infelicidade à maneira como utilizamos os conhecimentos que possuímos?” Para o autor, a ausência de reflexão sobre a moderna concepção de progresso poderá nos conduzir à ruptura de humanidade em detrimento da autossobrevivência como cultura e espécie.

Analisando a situação no Estado de Roraima (cuja população indígena é a maior dos Estados da federação, considerada a proporção total dos habitantes), vê-se que todas as organizações indígenas anunciam o *desenvolvimento* entre seus princípios. Ocorre que não apenas elas, mas também os governos nas três esferas de poder e vários outros setores sociais, envolvendo projetos econômicos, sociais, educacionais, de saúde e de assistência, além da utilização dos recursos financeiros e naturais, com a utilização geopolítica da fronteira internacional *etc.* Assim, vê-se que o conceito de “desenvolvimento” não se refere à ideia evolucionista de superação (insita à concepção histórica ocidental de progresso), mas se transformou a si mesmo num elemento de consumo, uma promessa de melhorias e, por vezes, uma ferramenta de alienação (“iludindo e mantendo as dinâmicas de dominação, tanto sobre a população indígena, quanto sobre o resto da sociedade”).<sup>53</sup>

Na esteira da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas,

convencida de que o controle, pelos povos indígenas, dos acontecimentos que os afetam e as suas terras, territórios e recursos, lhes permitirá manter e reforçar suas instituições, culturas e tradições e promover seu desenvolvimento de acordo com suas aspirações e necessidades

O Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 (que promulgou a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais), prevê a obrigação do Estado de fomentar o etnodesenvolvimento por intermédio de políticas públicas catalizadoras da interação dos índios com os não índios.

50 JUNQUEIRA, Carmen. *Antropologia indígena: uma introdução, história dos povos indígenas no Brasil*. São Paulo: EDUC, 1999. p. 50-51.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388, julgado em 19-3-2009, Plenário, DJE de 1º-7-2010.

52 DUPAS, Gilberto. O mito do progresso. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 77, p. 73-89, mar. 2007.

53 REPETTO, Maxim. *Movimentos indígenas e conflitos territoriais no Estado de Roraima*. Boa Vista: UFRR, 2008. p. 84-85.

A propósito, são documentos normativos internacionais sobre a minoria indígena: as Convenções da OIT sobre o Recrutamento de Trabalhadores Indígenas de 1936; sobre os Contratos de Trabalho das Comunidades Indígenas, de 1947; sobre a População Indígena e Tribais, de 1957; sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, de 1989; a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas ou Linguísticas, de 1992; e a Carta Europeia sobre Minorias Linguísticas, de 1992.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê, ainda, que os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática, com medidas que assegurem a isonomia no gozo dos direitos que as leis nacionais outorgam aos não índios; que promovam a efetividade dos seus direitos sociais, econômicos e culturais, atentas à sua identidade étnica, eliminando as diferenças socioeconômicas com os demais membros da comunidade nacional, de maneira a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

Para tanto, prescreve o referido estatuto que os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas prioridades quanto ao processo de desenvolvimento, e de controlar, na medida do possível, o próprio desenvolvimento econômico (com enfoque na melhoria das condições de vida, de trabalho e do nível de saúde e educação), social e cultural, participando da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente. Há a expressa recomendação para que os governos fomentem “estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos”.

O reconhecimento jurídico é importante, mas não encerra a agenda inclusiva dos povos indígenas, devendo ser acompanhado, por exemplo, de dotações orçamentárias para a realização das disposições constitucionais específicas:

As áreas em questão abrangem educação e cultura, promoção da própria língua, que inclui o ensino gramatical da mesma e de sua literatura, acesso a tudo que as investigações proporcionam sobre seu antigo legado cultural, comunicações que não prejudiquem, mas fortaleçam sua identidade, exercício e salvaguarda de direitos humanos (individuais, sociais e étnicos), distribuição de justiça, economia, ocupação e posse da terra, transferência de tecnologias *etc.*<sup>54</sup>

Novamente relação ao Estado de Roraima, por exemplo, no ano de 2009, o Governo Federal destinou R\$ 24,1 milhões para o Território da Cidadania na TIRSS (que alberga os Municípios de Bonfim, Normandia, Uiramutã e Pacaraima), com o objetivo de fomentar ações de apoio a atividades produtivas, de cidadania e desenvolvimento social e qualificação da infraestrutura, incluindo as políticas públicas na área da EEI. O Colegiado do Território TIRSS, e São Marcos, conta com a participação de 36 instituições indígenas e públicas, que se reúnem periodicamente e estão voltadas à elaboração de planos de etnodesenvolvimento.<sup>55</sup>

## 4. CONCLUSÃO

Como debatido, o planejamento, a execução e a avaliação de políticas públicas envolvendo os povos indígenas tem estreita relação com o estudo dos direitos humanos, na medida em que se impõe o enfrentamento

54 LÉON-PORTILLA, Miguel. *América Latina: múltiplas culturas, pluralidade de línguas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995. p. 39.

55 O Programa Território da Cidadania funciona com: 1. Ações do Governo Federal - onde os Ministérios (22 ministérios) e órgão do Governo Federal apresentam o conjunto de ações (180 ações este ano) previstas para o território da Cidadania. Esta Matriz de Ações contém dados descritivos e metas físicas e financeiras territorializadas; 2. Participação e Integração – onde a Matriz de Ações é levada ao Colegiado Territorial, composto pelos governos Federal, Estadual e Municipal e a Sociedade Civil. Durante o Debate Territorial, a Matriz é avaliada e são indicadas demandas e/ou prioridades; 3. Execução e Controle – Onde a Matriz de Ações, com ajustes e complementações, é detalhada. O resultado é o Plano de Execução, que pode se acompanhado através do Portal da Cidadania (2013).

da inconciliável relação entre o respeito à diversidade e a intolerância, a par da dicotomia entre a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e os dilemas da globalização econômica.

A proposta inclusiva veiculada pela normatização internacional e CF/88 em relação à necessidade de se considerarem as peculiaridades culturais dos povos indígenas no processo de construção dessas ações estatais, ancorado no princípio da autodeterminação dos povos, impõe que se considerem as práticas históricas destes povos, franqueando-lhes o direito de escolher suas prioridades quanto ao processo de desenvolvimento, controlando, na medida do possível, seu avanço econômico e social (com enfoque na melhoria das condições de vida, de trabalho e do nível de saúde e educação), ainda que para a sociedade não indígena tais opções impliquem em retrocesso.

Importante instrumento para reduzir o mencionado tensionamento entre visões de mundo, por vezes, tão distintas (aparentemente inconciliáveis) é o aprimoramento da chamada educação intercultural (dialógica e democrática), capaz de problematizar as relações de poder (e não, maquiá-las) com o fito de pavimentar um itinerário de diálogo que possibilite o desenvolvimento social de natureza plural.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. *Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

ALMEIDA, Alisson da Cunha. Direitos Indígenas: caso TIRSS (PET 3388 e outro). *Publicações da Escola da AGU: 25 anos da Constituição e a Defesa da União no STF – Casos emblemáticos – Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal, Brasília, Ano 5, n. 26, p. 143-144, mar./2013.

ALMEIDA, Rita Heloisa de. *O Diretório dos índios: um projeto de civilização no Brasil do séc. XVIII*. Brasília: UnB, 1997.

ARRUDA, Rinaldo. Territórios indígenas no Brasil: aspectos jurídicos e socio-culturais. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (Org.). *Estado e povos indígenas: bases para uma nova política indigenista II*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002.

ASSIS, Eneida. Os Palikúr: O povo do Rio do Meio. In: ASSIS, Eneida (Org.). *Educação indígena na Amazônia: experiências e perspectivas*. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, 1996.

BATALLA, Guillermo Bonfil. El Etnodesarrollo: sus premisas jurídicas, políticas, y de organización. In: *OBRAS escogidas de Guillermo Bonfil*. Mexico: Obra Publicada, 1995. Tomo 2.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COLAÇO, Thais Luzia. *Incapacidade indígena: tutela religiosa e violação do dever guarani pré-colonial nas missões jesuíticas*. Curitiba: Juruá, 1999.

CUNHA, Edite da Penha. Políticas públicas sociais. In: CARVALHO, Alysson. (Org.). *Políticas públicas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.

DIAS, Reinaldo. *Ciência política*. São Paulo: Atlas, 2010.

- DUPAS, Gilberto. O mito do progresso. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 77, p. 73-89, mar. 2007.
- FERREIRA, Mariana Kawall Leal. A educação escolar indígena: um diagnóstico crítico da situação no Brasil. In: SILVA, Aracy Lopes de Silva; FERREIRA, Mariana Kawall Leal (Org.). *Antropologia, história e educação*. 2. ed., São Paulo: Global, 2001.
- FUNARI, Pedro Paulo. *A temática indígena na escola: subsídios para os professores*. São Paulo: Contexto, 2011.
- GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson (Org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.
- GRUPIONI, L. D. B. Contextualizando o campo de formação de professores indígenas no Brasil. In: GRUPIONI, L. D. B. (Org.). *Formação de professores indígenas: repensando trajetórias*. Brasília: MEC/UNESCO, 2006. p. 43. (Coleção Educação para Todos).
- JUNQUEIRA, Carmen. *Antropologia indígena: uma introdução, história dos povos indígenas no Brasil*. São Paulo: EDUC, 1999.
- LÉON-PORTILLA, Miguel. América Latina: múltiplas culturas, pluralidade de línguas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.
- LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- OLIVEIRA, João Pacheco de. Contexto e horizonte ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos et al. (Org.). *Sociedades indígenas e o direito: uma questão dos direitos humanos – ensaios*. Florianópolis: UFSC, 1985. p. 40-52.
- OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnologia dos “índios misturados”. *Revista Mana: Estudos de Antropologia Social*, Rio de Janeiro, p. 39, abr. 1998.
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Unesp; Brasília: Paralelo 15, 2006.
- PAREDES, José Bolívar Burbano. Educação indígena e identidade. In: ASSIS, Eneida (Org.). *Educação Indígena na Amazônia: experiências e perspectivas*. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, Universidade Federal do Pará, 1996. p. 18-19.
- PAULA, Luís Roberto de; VIANNA, Fernando de Luiz Brito. *Mapeando políticas públicas para povos indígenas*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2011.
- PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1992. p. 118.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- REPETTO, Maxim. *Movimentos Indígenas e conflitos territoriais no Estado de Roraima*. Boa Vista: UFRR, 2008.
- ROCHA, Leandro Mendes. *A política indigenista no Brasil: 1930-1967*. Goiânia: UFG, 2003.
- SACAVINO, Susana Beatriz; CANDAU, Vera Maria Ferrão. Contribuições do GT de Educação popular da Anped para a educação intercultural. In: CANDAU, Vera Maria (Org.). *Diferenças culturais e educação: construindo caminhos*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2011. p. 130-137.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2010.



SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. *História dos índios no Brasil*. O governo dos índios sob a gestão do SPI. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: questões temáticas e de pesquisa. *Caderno CRH*, n. 39, p. 12-24, jul./dez. 2003.

SPOSITO, Marília Pontes; CARRANO, Paulo César Rodrigues. Juventude e políticas públicas no Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 17, 2003.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Etnodesenvolvimento: uma dimensão ignorada no pensamento desenvolvimentista*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

UJACOW MARTINS, Tatiana Azambuja. *Direito ao pão novo: o princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena*. São Paulo: Pillares, 2005.

VIEIRA, Jaci Guilherme. *Missionários, fazendeiros e índios em Roraima: a disputa pela terra*. Boa Vista: UFRR, 2007.

WALSH, Catherine. *La educación intercultural en la educación*. Peru: Ministério de Educación, 2001.

ZANNONI, Cláudio. Educação Indígena e a questão da terra. In: ASSIS, Eneida (Org.). *Educação indígena na Amazônia: experiências e perspectivas*. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, 1996. p. 288-289.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Tentativas de contenção do  
ativismo judicial da Corte  
Interamericana de Direitos  
Humanos**

**Attempts to contain judicial  
activism in the Inter-American  
Court of Human Rights**

Alice Rocha da Silva

Andrea de Quadros Dantas Echeverria

# Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos\*

## Attempts to contain judicial activism in the Inter-American Court of Human Rights

Alice Rocha da Silva\*\*

Andrea de Quadros Dantas Echeverria\*\*\*

### RESUMO

O ativismo judicial resultante da atuação de alguns juizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser prejudicial para a legitimidade do Sistema Interamericano devendo ser contido a fim de limitar eventuais efeitos nocivos. Embora o ativismo judicial esteja presente tanto no âmbito doméstico como no internacional, no contexto nacional, existem mecanismos capazes de conter os efeitos desse ativismo como, por exemplo, o sistema de freios e contrapesos representados pela tripartição dos poderes. Já no âmbito internacional, tal contenção somente poderia ser realizada por meio de vinculação da atuação de tais tribunais às capacidades conferidas pelos Estados soberanos que os compõem. Ou seja, o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos não possui liberdade irrestrita para proferir suas decisões, estando seu poder de decidir limitado pela aplicação e interpretação dos acordos ratificados pelos Estados Membros da Convenção. Nesse sentido, o artigo parte da análise do ativismo e da judicialização da política no sentido lato, fazendo um comparativo das causas e limites desse ativismo no âmbito nacional e internacional, para, então, analisar os efeitos de tal prática e de que forma ela pode ser contida, sobretudo no âmbito internacional.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Contenção. Legitimidade. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Artavia Murillo et al. Versus Costa Rica*.

### ABSTRACT

The judicial activism resulting from the actions of some judges of the Inter-American Court of Human Rights can be detrimental to the legitimacy of the inter-American system and should be contained in order to limit harmful effects. While judicial activism is present both domestically and internationally, in the national context there are mechanisms that can control its negative effects, for example, the system of checks and balances represented by the tripartite division of powers. In the international context, such restraint could only be accomplished through a linkage of the performance of such courts to the capabilities conferred by the sovereign member States. In other words, the judge of the Inter-American Court of Human Rights

\* Recebido em 02/11/2014  
Aprovado em 25/02/2015

\*\* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e da graduação da Faculdade Processus. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Aix-Marseille Université, França, Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e Graduada em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB. E-mail: rochaalice@yahoo.com.br

\*\* Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Pós-Graduação em Globalização, Justiça e Segurança Humana pela ESMPU/Universidade de Bochum (Alemanha). Graduação em Direito pelo UniCEUB e Graduação em Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB. Advogada da União, com atuação perante o Supremo Tribunal Federal. E-mail: andreaqantas@gmail.com

does not have unfettered freedom to deliver their decisions and its decide power is limited by the application and interpretation of the agreements ratified by the member states of the Convention. Accordingly, this paper begins with the analysis of the activism and the legalization of politics in the broadest sense, making a comparative study of the causes and limits of this activism on the national and international level, and then analyze the effects of this practice and how it can be contained especially in the international context.

**Key-words:** Judicial activism. Restraint. Legitimacy. Inter-American Court of Human Rights. Case *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*.

## 1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é uma realidade cada vez mais presente em Cortes nacionais e internacionais, sendo necessários mecanismos de controle e supervisão para contenção de seus efeitos. A questão do ativismo está diretamente relacionada com a nocividade que pode trazer para a legitimidade democrática de decisões judiciais. Durante décadas, os teóricos da ciência política se debateram acerca da construção da melhor estrutura política democrática. Discussões sobre a perda do real significado da palavra democracia, reinvenções do conceito e até mesmo do que poderia ser considerado como democrático inundaram a doutrina da ciência política, sempre em busca de um processo em que o povo novamente pudesse ser parte efetiva da democracia, seja de uma forma mais participativa seja sob um aspecto deliberativo.

Entretanto, o que se observa atualmente é uma transferência de poder das instituições representativas para os órgãos judiciais, sejam eles Cortes domésticas ou internacionais<sup>1</sup>. Assim, essa onda de debate democrático, antes restrito às instituições representativas, em especial ao Poder Legislativo, agora inunda o Poder Judiciário, trazendo novas teorias para o centro da discussão democrática, em especial, o ativismo e a judicialização da política.

Para os fins desse artigo, a distinção entre os termos ativismo e judicialização, que será brevemente apresentada na primeira parte, não é tão relevante quanto a discussão acerca das formas de controle apresentados pelos defensores de tais teorias. Nesse contexto, pretende-se analisar, partindo-se das ideias de contenção do ativismo judicial no âmbito doméstico, a repercussão do ativismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos e quais seriam os instrumentos de controle e supervisão de tal ativismo passíveis de serem aplicados com a finalidade de conter efeitos negativos como o déficit de legitimidade das decisões.

Para tanto, a primeira parte do artigo será dedicada a descrever as principais críticas aos fenômenos do ativismo e da judicialização da política, estabelecendo não apenas as diferenças entre eles, mas demonstrando especialmente que os defensores de ambas as teorias destacam inúmeros instrumentos institucionais que funcionam como verdadeiros freios para o excesso de empoderamento dos tribunais, reestabelecendo o jogo democrático de poder. A ideia de freios e contrapesos é facilmente verificada no âmbito nacional, em que temos a separação dos poderes entre legislativo, executivo e judiciário. Todavia, parte-se do pressuposto de que tal teoria não seja totalmente aplicável ao âmbito internacional, tendo em vista a ausência da tripartição de poderes, mas que poderia ser utilizada em sua essência como mecanismo de contenção e estabelecimento de limites a ação de decisores empossados por Estados soberanos.

Nesse sentido e concentrando o foco nos efeitos do ativismo no âmbito internacional, na segunda parte, será feita a análise do recente caso *Artavia Murillo et al. versus Costa Rica*, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse momento, considerando as peculiaridades do caso e do funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, será analisada a possibilidade de utilização dos mecanismos de freios e contrapesos defendidos pelos teóricos ativistas.

1 HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-754, 2006. p. 721.

Por fim, a terceira parte do artigo será dedicada à análise de possíveis mudanças institucionais, visando à inserção de um modelo de freios e contrapesos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que possa funcionar como uma espécie de *democratic override* já existente no plano doméstico, reforçando a legitimidade das decisões e do Sistema como um todo pelo maior engajamento dos Estados no cumprimento e internalização de tais decisões.

## 2. PARALELO ENTRE O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO POLITICA DOMÉSTICA E INTERNACIONAL

O ativismo judicial e a judicialização da política são dois conceitos que vêm sendo utilizados para explicar esse fenômeno de transferência de poder das instituições representativas — sejam pertencentes ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo — para a esfera judicial.

O termo judicialização refere-se essencialmente ao fato de que questões de grande repercussão social e política agora estão sendo decididas pelo Judiciário e não mais pelos órgãos essencialmente políticos, como o Congresso e o governo<sup>2</sup>. O fenômeno da judicialização decorre de inúmeros fatores, dentre os quais se destacam a democratização, com a própria descentralização do poder nas mais diversas instituições — governamentais ou não —, bem como do sistema de competências constitucionais de cada país. Desse modo, a judicialização não implica necessariamente uma atuação proativa ou mesmo fora dos limites constitucionais do Poder Judiciário.

Por outro lado, para que se configure o denominado ativismo judicial, há que se reconhecer na decisão judicial um elemento de inovação, de interpretação ampliativa do texto constitucional<sup>3</sup>. Tal atuação proativa implica, em regra, na invasão da esfera de competência de outro poder, seja do Legislativo ou do Executivo, ou como bem explicado por Elival Ramos, observa-se o “exercício da função judicial além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”<sup>4</sup>.

Nesse ponto, pode-se destacar as seguintes características que seriam vistas como atitudes ativistas por parte do Judiciário:

“a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”<sup>5</sup>

No âmbito internacional, dada ausência da tripartição dos poderes, é possível compreender o ativismo como uma atuação além dos limites impostos, em especial no que se refere à interpretação do direito aplicável à Organização, na medida em que a Corte introduz no sistema “uma nova norma não pactuada pelos Estados ou altera ou suprime uma norma pactuada”<sup>6</sup>.

Assim, considerando que o Judiciário passa a atuar não apenas sobre questões jurídicas, mas também a decidir dilemas essencialmente políticos, o questionamento sobre a legitimidade de tal transferência de poder e de responsabilidade emerge inexoravelmente.

2 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 24.

3 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

4 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

5 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 26.

6 Tradução livre do trecho: “una nueva norma no pactada por los estados o altera o suprime una norma pactada.”. MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ELSNER, Gisela Elsner; AMBOS, Kai Ambos; MALARINO, Ezequiel (Coord.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. 2010, v. 1. p. 25-62. p. 29

Algumas condições favorecem essa transferência de poder das instituições representativas para as judiciais, entre elas destacam-se: a descrença nas instituições representativas em contraste com a crescente ideia de que as instituições judiciais são mais confiáveis para resolver questões morais e políticas controvertidas<sup>7</sup>; a possibilidade de enquadramento das discussões políticas na esfera constitucional, o que legitima a atuação das Cortes Supremas<sup>8</sup>; a atuação estratégica das instituições representativas que delegam questões altamente controvertidas como forma de evitar a tomada de decisão que seja custosa politicamente; e a atuação também estratégica da sociedade civil organizada que vê no Judiciário uma oportunidade de respostas às suas demandas mais ágil e menos burocrática.

É interessante notar que diversos teóricos afirmam que esse empoderamento das Cortes ocorre com o apoio das instituições políticas daquele país, sejam elas pertencentes aos Poder Executivo ou Legislativo, ou mesmo das elites políticas<sup>9</sup>.

Para sustentar tal argumento, a primeira constatação é que os Ministros (ou juízes) das Supremas Cortes não decidem de forma estritamente imparcial, dada a existência de uma concepção ideológica, política e social prévia. Ora a propalada imparcialidade judicial pode até mesmo ser uma realidade em julgamentos estritamente jurídicos (assumindo que existam julgamentos desse tipo) ou em debates efetivamente restritos à aplicação do direito. Entretanto, quando se fala em ativismo judicial ou mesmo em judicialização da política, o objeto do julgamento por óbvio não se restringe à simples aplicação da lei ao caso concreto e, então, a concepção ideológica dos componentes da Corte é um elemento de extrema importância.

Não bastasse tal constatação, observa-se também que a forma de composição das Cortes Supremas, na maioria dos Estados, como também no Brasil, envolve a indicação de seus membros pelo Presidente da República, com aprovação ou não pelas instituições do Poder Legislativo.

Por outro lado, o ‘poder’ das Cortes não advém unicamente daqueles demais Poderes já constituídos, mas também de movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos que enxergam no Judiciário um ambiente mais receptivo às mudanças que se pretende realizar em contraste com a burocracia do Legislativo.<sup>10</sup> Nesse sentido, é interessante observar que aquele antigo movimento de empoderamento da sociedade civil agora funciona também como um motor para o empoderamento das instituições judiciais. No âmbito internacional, observa-se movimento parecido, em que a passagem de um ciclo, orientado pela força (*power-oriented*) para um ciclo orientado por regras jurídicas (*rule-oriented*), levou os Estados a apostarem mais em instituições jurisdicionais que pudessem dar maior legitimidade ao aplicarem e interpretarem tais regras.<sup>11</sup>

Esse movimento é impulsionado ainda mais pela crescente legitimidade dos tribunais perante a opinião pública em contraponto à queda de confiança nas instituições essencialmente políticas.<sup>12</sup>

Outra questão que merece debate é a delegação intencional de dilemas para que sejam decididos fora da esfera das instituições representativas. Em regra, questões excessivamente controversas e que não são capazes de gerar mínimo consenso majoritário, podem ser propositadamente encaminhadas para o foro judicial

7 SILVA, Alice Rocha; VARELLA, Marcelo Dias. A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 49, p. 24-40, 2006. p. 721.

8 SILVA, Alice Rocha; VARELLA, Marcelo Dias. A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 49, p. 24-40, 2006. p. 722.

9 Nesse sentido: “More often than not, this trend is supported, either tacitly or explicitly, by powerful political stakeholders”. SILVA, Alice Rocha; VARELLA, Marcelo Dias. A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 49, p. 24-40, 2006. p. 723-727.

10 HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-754, 2006. p. 745.

11 Para maiores informações sobre tais apontamentos com exemplos relativos ao direito internacional econômico, ver: SILVA, Alice Rocha; VARELLA, Marcelo Dias. A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 49, p. 24-40, 2006.

12 HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-754, 2006. p. 746.

de discussão. Tal estratégia visa delegar a responsabilidade e os riscos de uma tomada de decisão, transferindo a ‘batata quente’ para que os tribunais resolvam o problema, e pode ser utilizada especialmente pelo partido minoritário ou opositorista<sup>13</sup>. Os atores políticos envolvidos nesse intencional processo de transferência de poder acreditam que os benefícios compensam os riscos da redução de suas próprias competências.<sup>14</sup>

No âmbito internacional, quanto às formas e os motivos para a transferência de poder para as Cortes internacionais, pode-se afirmar que a criação de instituições supranacionais que funcionam como arenas pode promover soluções para problemas políticos domésticos sem a necessidade de ações coletivas e decisões custosas politicamente<sup>15</sup>. Ademais, especialmente na Europa pós-Segunda Guerra, os Estados ratificam tratados sobre Direitos Humanos e se submetem às respectivas Cortes como forma de blindar seus sistemas domésticos contra futuras práticas antidemocráticas. Nesse ponto, o sistema internacional funciona da mesma forma do doméstico, na medida em que os benefícios seriam maiores que os custos da limitação da soberania.<sup>16</sup>

Ou seja, ao contrário do que se possa pensar, *a priori*, a submissão à jurisdição internacional possui mais elementos de autopreservação política do que de simples altruísmo na defesa dos direitos humanos. Deve ainda ser ressaltado que, no âmbito internacional, a dificuldade em ratificar acordos, leva os Estados a proporem textos abertos, com lacunas e termos vagos a serem preenchidas pela atuação de cortes e tribunais como no caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Estabelecidas as formas e condições de transferências de poder para os tribunais — transferência essa que em regra conta com o apoio da sociedade civil e da elite política do País —, resta saber se há limites para esse empoderamento, ou se realmente caminhamos irreversivelmente para a denominada juristocracia, em detrimento da democracia.

Embora tal fenômeno pareça de fato irreversível, alguns doutrinadores esclarecem que o clássico sistema da tripartição dos poderes, com seus instrumentos de freios e contrapesos, continua presente, mesmo em um cenário de crescimento do Poder Judiciário. Da escolha ou retirada dos Ministros com ideologias dispares à sobreposição legislativa das decisões judiciais, o sistema político oferece respostas à excessiva intervenção do Judiciário<sup>17</sup>.

Nos Estados Unidos, é comum não apenas a promulgação de uma lei considerada inconstitucional, com pequenas ou nenhuma alteração, como também uma resposta mais vigorosa do Parlamento quando promulga leis que retiram a jurisdição das Cortes<sup>18</sup>, o que demonstra que o jogo democrático pelo poder não foi totalmente interrompido pelo crescimento do ativismo judicial.

No caso, é interessante destacar que tais instrumentos de contenção são vistos como suficientemente eficientes para os defensores do ativismo judicial, enquanto os críticos da teoria destacam que esses me-

13 HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-754, 2006. p. 745.

14 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 40.

15 Nesse sentido: “According to this thesis, members states choose to create (and selectively abide by the limits imposed by) supranational institutions primarily because these institutions help them surmount problems arising out of the need for collective action and also help them overcome domestic politicians problems” Idem, p. 45.

16 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 45.

17 HIRSCHL, Ran. HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-754, 2006. p. 745. No mesmo sentido: “True, there are means of political control over the courts that might in theory constrain judges, such as overruling decisions by constitutional amendments, stripping the courts of jurisdiction over certain subjects, and (conceivably) impeaching and removing judges guilty of misconduct”. SMITH, Stephen F. Taking lessons from the Left?: Judicial activism on the right. *Scholarly Works*, n. 880, Jan. 2002. Available at: < [http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1878&context=law\\_faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1878&context=law_faculty_scholarship)> Access: 27 Apr. 2015. p. 69

18 Sobre o funcionamento desse sistema de freios e contrapesos, especialmente no que se refere à guerra ao terror, ver ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *Combatente inimigo, bomo sacer ou inimigo absoluto?* O Estado de exceção e o novo nomos na Terra: O impacto do terrorismo sobre o sistema jurídico-político do século XXI. Curitiba: CRV, 2013.

canismos não foram capazes de frear os períodos de maior ativismo contramajoritário na história norte-americana<sup>19</sup>.

Com foco na análise do contexto do ativismo judicial internacional – mais especificamente, no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CoIDH) – apresentaremos, de forma sucinta, os efeitos do ativismo no caso *Artavia Murillo et al. versus Costa Rica*, considerado um dos casos com maior quantidade de efeitos em virtude da decisão ativista desta Corte.

### 3. EFEITOS DO ATIVISMO NO CASO ARTAVIA MURILLO ET AL. VERSUS COSTA RICA

O caso *Artavia Murillo et al. versus Costa Rica* (chamado Caso Artavia) foi resultado de petição contestando a decisão da Suprema Corte da Costa Rica, que proibira a fertilização *in vitro*, ao argumento de que o procedimento de fertilização *in vitro* “claramente ofende a vida e a dignidade do ser humano”, na medida em que trata o embrião como objeto de pesquisa e o submete a altos riscos de morte, em razão das elevadas taxas de perdas de embriões nesse processo.<sup>20</sup>

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 4.1, *verbis*: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, **em geral, desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (grifo nosso).

Apesar de reconhecerem que a Convenção Americana define expressamente que a vida é protegida desde o momento da concepção e que não há consenso no contexto internacional, seja ele jurídico, moral, biológico ou religioso sobre o início da vida<sup>21</sup>, os juízes da Corte Interamericana alteraram, de forma expressa e acintosa, o conceito científico de concepção previsto na Convenção Americana, estabelecendo novo marco temporal de proteção do direito à vida, qual seja a implantação do embrião no útero.<sup>22</sup>

Além disso, a CoIDH gerou decisão ampla e difícil cumprimento pela Costa Rica. Além do pagamento de custas e gastos, além de danos materiais e imateriais<sup>23</sup>, a Corte condenou o Estado a publicar sua condenação pela Corte; oferecer assistência psicológica às vítimas; prevenir violações como as ocorridas, evitando a promulgação de leis que impeçam o exercício dos direitos e não suprimir leis que os protejam; autorizar a prática da fertilização *in vitro* e regular sua implementação; inspecionar e controlar a qualidade das instituições e profissionais responsáveis pela técnica de fertilização; fornecer cursos e programas de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação, dirigidos a funcionários judiciais; e, a Casa Costarricense de Seguro Social deveria fornecer a técnica de fertilização *in vitro*, incluindo-a em seus programas e tratamentos de infertilidade, colocando o tratamento a serviço de quem o requerer.<sup>24</sup> Ou sejam, a decisão da Corte foi dada no sentido de forçar o Estado da Costa Rica a não só autorizar como subsidiar procedimentos de reprodução artificial, sem considerar se o Estado teria condições de oferecer tal subsídio.

Percebe-se, portanto, os obstáculos ao cumprimento de tal sentença que gera, entre outros efeitos, a afetação da reputação da Corte e os constrangimentos relacionados a aspectos de repercussão das decisões para a Corte e para as partes.

19 SMITH, Stephen F. Taking lessons from the Left?: Judicial activism on the right. *Scholarly Works*, n. 880, Jan. 2002. Available at: < [http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1878&context=law\\_faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1878&context=law_faculty_scholarship)> Access: 27 Apr. 2015. p. 69.

20 Tradução livre do trecho: “clearly jeopardizes the life and dignity of the human being. (CIDH. Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica, par. 74).

21 CIDH. *Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, par. 185 (that there is no one agreed definition of the beginning of life)

22 CIDH. *Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, par. 189

23 CIDH. *Caso Artavia Murillo e outros contra a República da Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012, pg. 108 a 113.

24 CIDH. *Caso Artavia Murillo e outros contra a República da Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012, pg. 87 a 105.



A reputação das Cortes internacionais é elemento de crucial importância para seu funcionamento e para a efetividade de suas decisões. O processo de tomada de decisões das Cortes internacionais funciona não apenas como uma garantia a observância dos princípios do devido processo legal, como também permite influenciar duas características primordiais para o bom funcionamento dessas Cortes, quais sejam, a efetividade de suas decisões e a reputação da Corte, que funciona como um elemento de coerção dos Estados signatários.

As Cortes internacionais não possuem mecanismo de coerção (*enforcement*) sobre suas sentenças, de modo que, quando os Estados optam por cumpri-las, o fazem preocupados essencialmente com uma possível sanção política ou em eventual perda de reputação no âmbito internacional. Em regra, o impacto dessa sanção sobre o Estado é proporcional à reputação da Corte.<sup>25</sup>

Por sua vez, a reputação da Corte é influenciada essencialmente pelo cumprimento de suas decisões pelos Estados signatários<sup>26</sup>. Ou seja, o aumento de efetividade das sentenças de uma Corte internacional reflete mecanismo de retroalimentação de sua efetividade bem como de sua reputação. Isso porque quanto mais os Estados signatários se dispõem a cumprir as determinações da Corte, maiores são os custos — sociais e políticos — para os Estados desobedientes, gerando fator adicional na efetividade daquela Corte.

Ademais, o ganho de reputação e efetividade resulta, também, na redução de petições semelhantes ajuizadas perante a Corte, dada a tendência dos demais Estados seguirem seus precedentes independentemente de serem partes no processo original<sup>27</sup>.

De outro lado, quando a Corte profere uma sentença altamente custosa e juridicamente controversa em relação ao direito doméstico, a expectativa de seu cumprimento é menor, gerando um custo político e uma perda de reputação menor para o Estado que a descumpre<sup>28</sup>. Em outras palavras, o mecanismo de retroalimentação também se aplica no sentido oposto, quanto mais controversas e invasivas são as sentenças de uma Corte internacional, há tendência em se aceitar seu descumprimento por parte dos Estados, reduzindo não apenas os custos da desobediência como também a efetividade e a reputação da Corte.

Outra questão relevante para o ganho de reputação da Corte refere-se à fundamentação da sentença e à utilização de seus próprios precedentes — o que gera uma segurança jurídica para os Estados membros. Assim, quando as Cortes internacionais prolatam suas decisões bem fundamentadas no texto da convenção ratificada pelos Estados membros, não apenas o eventual descumprimento torna-se mais difícil e custoso, como a Corte ganha legitimidade na sua forma de decidir e consegue estabelecer uma jurisprudência passível de ser seguida por todos os demais Estados (não apenas o Estado parte). Em sentido oposto, o descumprimento de decisões tomadas de forma discricionária ou resultantes de interpretações excessivamente amplas do texto da convenção tende a ser considerado uma violação menos severa<sup>29</sup>. No Caso

25 DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, n. 1, p. 114-142, Aug. 2011. Available at : <[http://chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory/174/](http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/174/)>. Access: 27 Apr. 2015. p. 116.

26 DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, n. 1, p. 114-142, Aug. 2011. Available at : <[http://chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory/174/](http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/174/)>. Access: 27 Apr. 2015. p. 116.

27 ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert. The execution of the judgments of the European Court of Human Rights: towards a non-coercive and participatory model of accountability. *ZaöRV*, v. 69, p. 471-506, 2009.

28 DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, n. 1, p. 114-142, Aug. 2011. Available at : <[http://chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory/174/](http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/174/)>. Access: 27 Apr. 2015. p. 123.

29 DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, n. 1, p. 114-142, Aug. 2011. Available at : <[http://chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory/174/](http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/174/)>. Access: 27 Apr. 2015. p. 123 “When the court issues a judgment that is well anchored in the Convention, the judgment will be considered more legitimate and noncompliance will signal a greater disrespect for the Convention system and cause greater damage to the state’s reputation. Noncompliance with a judgment showing significant judicial discretion will be considered as a less severe violation by other states and will lead to a lower reputational sanction”.

Artavia, o entendimento da Corte em relação à restrição do momento em que a vida deve ser protegida foi considerado uma contradição a jurisprudência da própria Corte que aceitaria o feto humano como “pessoa”, recusando esse *status* ao embrião, como se a implantação no ventre da mãe trouxesse alguma transformação a esse embrião, “transformando-o” em “pessoa”<sup>30</sup>

Assim, é possível identificar as seguintes variáveis capazes de influenciar a reputação de um Corte internacional, quais sejam: (1) efetivo cumprimento das decisões pelos Estados signatários, sendo certo que quanto maior a efetividade da Corte, maior o custo político de descumprimento de suas decisões; (2) fundamentação da sentença; e (3) utilização de seus próprios precedentes — o que gera uma segurança jurídica para os Estados membros.

No caso da CoIDH, é possível observar que tal organismo possui baixa efetividade<sup>31</sup>, exatamente porque há tendência em proferir decisões extremamente amplas, inserindo novas interpretações sobre a convenção e contrariando, por vezes, a própria jurisprudência da Corte. De fato, pela “*força das sentenças, a Corte Interamericana foi reescrevendo a Convenção Interamericana tanto em aspectos relacionados com os direitos da pessoa como em assuntos referentes a competência e a função do tribunal*”.<sup>32</sup>

No caso, há que se lembrar que a Corte Interamericana está sempre vinculada ao texto da Convenção Americana, não sendo de sua competência alterar o significado literal das palavras ali previstas, como fez no Caso Artavia. Nesse ponto, não se trata somente de fazer uma interpretação evolutiva dos termos da convenção, mas sim de afastá-la peremptoriamente, optando por emitir decisão desvinculada do texto aprovado pelos Estados membros.

Essa tendência da Corte em emitir decisões sem observância das regras impostas pela Convenção Americana<sup>33</sup> apresenta grave risco para tanto para a efetividade como para a reputação da Corte, pondo em cheque até mesmo a proteção dos direitos humanos.

#### 4. INSTRUMENTOS DE CONTENÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL DA COIDH E LIMITAÇÃO DE EVENTUAIS EFEITOS NOCIVOS

Embora o ativismo pareça de fato irreversível, existiriam instrumentos de contenção a ele com uma limitação de efeitos das decisões proferidas. A análise de tais instrumentos continuará sendo feita a partir do

30 GEORGE, Robert P; TOLLEFSEN, Christopher. Embryonic debate: a Reply to William Saletan, liberal bioethics writer, former embryo. *National Review Online*, 11 Feb. 2008. Available at: <<http://www.nationalreview.com/articles/223640/embryonicdebate/robert-p-george>>. Access: 27 Apr. 2015.

31 Nesse sentido: HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, Aug. 2011. p. 117, verbis: “In 2008, the last year for which the Court reported such data, states had fully implemented only one in ten of the Court’s rulings: of the 105 cases that reached a final judgment, were still under the Court’s jurisdiction awaiting compliance.” No mesmo sentido: POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial Independence in International Tribunals. *California Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-74, Jan. 2005. p. 41: “We have found only one case in which nation has fully complied with an IACHR decision. [...] This amounts to a compliance rate of approximately 5%. Interestingly, the Inter-American Commission, which issues only nonbinding country reports that seek to convince nations to change their human rights policies, reports a 4% rate of full compliance with its reports.” E ainda CANTON, Santiago. *To strengthen human rights, change the Organization of American States (Not the Commission)*. Available at: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1836&context=hrbrief>>. “Despite the important markers of success of the IASHR (Inter-American System of Human Rights), States do not fully comply with a large majority of its decisions”.

32 MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ELSNER, Gisela Elsner; AMBOS, Kai Ambos; MALARINO, Ezequiel (Coord.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. 2010. v. 1. p. 25-62. p. 27.

33 É interessante destacar que a Corte Interamericana é frequentemente criticada por decidir sem observar as regras impostas pela Convenção Americana. Nesse sentido: MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ELSNER, Gisela Elsner; AMBOS, Kai Ambos; MALARINO, Ezequiel (Coord.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. 2010. v. 1. p. 25-62.

caso Artavia. Afinal, a decisão proferida no caso Artavia constitui exemplo clássico de ativismo da CIDH que gerou diversidade de efeitos não só para o Estado parte na causa, Costa Rica, mas também para os demais Estados membros do Sistema Interamericano. Afinal, a decisão da Corte foi permeada por interpretações a importantes dispositivos da Convenção Americana, que acabam por indiretamente engajar os Estados membros pela via jurisprudencial ou pela aplicação de tais interpretações em suas jurisdições nacionais.<sup>34</sup>

Alguns instrumentos já são aplicados de modo imediato, como a alteração da composição dos membros que integram a Corte (i), e outros, precisariam de adaptação e até mesmo reforma do Sistema como um todo, como a margem nacional de apreciação (ii) e implantação de mecanismos de revisão das sentenças proferidas pela CoIDH (iii).

#### 4.1. Composição dos membros que integram a Corte

Como já visto, a escolha dos membros das Cortes constitucionais nacionais funciona como primeiro elemento de contenção do ativismo. Nesse ponto, interessante considerar que, no âmbito internacional, como a escolha dos juízes ou decisores se faz pelos próprios Estados Membros, uma das alternativas para contenção de decisões ativistas seria justamente modificar a composição da Corte dando passagem para decisores mais conservadores.

A Corte Interamericana é formada por apenas 7 juízes eleitos para um mandato de seis anos, sendo que a maior parte deles — em razão da modesta remuneração — não se dedica exclusivamente aos seus julgamentos<sup>35</sup>, o que resulta na reconhecida importância do viés ideológico da Corte.<sup>36</sup>

Especificamente no caso Artavia, é possível afirmar que a composição da Corte — majoritariamente *pro-choice* — foi fator decisivo no resultado do julgamento. Entretanto, o “*ativismo legendário, dotado de criatividade e originalidade*”<sup>37</sup> da Corte Interamericana vem sendo freado pela nomeação de juízes mais conservadores<sup>38</sup>, a exemplo do juiz Vio Grossi que apresentou o único voto divergente e claramente crítico à posição ativista da Corte no caso Artavia, inserindo no Tribunal elementos de restrição judicial, a qual pode ser observada pela crescente emissão de votos dissonantes.<sup>39</sup>

34 Nesse ponto, é interessante ressaltar que tal decisão gerou interpretações até mesmo pela inconstitucionalidade das leis internas dos Estados membros que previam a proibição do aborto. Nesse sentido: RUIZ MIGUEL, Alfonso; ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra. Derecho a la vida y constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica’. *Estudios Constitucionales*, año 12, n. 1, p. 71-104, 2014.

35 JESUS, Ligia M. de. *A pro-choice reading of a pro-life treaty: The Inter-american Court on Human Rights’ distorted interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*. Available at: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2533989](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2533989)>. Access: 27 Apr. 2015. p. 4

36 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la convención americana de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, 2014. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art04.pdf>>. Acceso en: 27 abr. 2015. p. 113

37 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la convención americana de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, 2014. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art04.pdf>>. Acceso en: 27 abr. 2015. p. 141.

38 Não se olvida que o recente nomeado juiz E. Ferrer Mac-Gregor vem se mostrando bastante ativista. Nesse sentido: “Sus votos concordantes le han permitido en el pasado “teorizar” el control de convencionalidad (caso Cabrera y Montiel Flores); presentar pistas de reflexión particularmente progresistas para integrar de manera más extensiva los derechos económicos y sociales en la jurisdicción de la Corte (caso Suárez Peralta); valorar la importancia de la independencia judicial de los Estados de derecho (caso Tribunal Supremo de Justicia). En cuanto a sus votos disidentes, ellos le dieron la oportunidad de lamentar el examen de proporcionalidad inadecuado, efectuado por los jueces argentinos sobre la libertad de expresión y aceptación de éste por parte de la Corte Interamericana (sentencia de Mévoli) y que, de la misma manera, la Corte Interamericana no haya aprovechado la oportunidad para reconocer la violación del artículo 9 (legalidad y retroactividad) en un caso de institución masiva de jueces por arte del Parlamento de Ecuador (caso Tribunal Constitucional).” Idem, p. 142;

39 Nesse sentido: “En el lapso de tres años (enero 2010-agosto 2013), sobre cincuenta y três decisiones emitidas por la Corte IDH en el marco de su función contenciosa, veinticinco han venido acompañadas de opiniones separadas. El juez chileno Vio Grossi aparece como el “campeón” de esta técnica de expresión judicial, expresándose en catorce oportunidades, siete de ellas con opiniones concordantes y siete de ellas para expresar críticas tanto a la motivación como a la solución adoptada por la mayoría”.

Além disso, nesse caso em particular, vários autores destacaram a prevalência da posição ideológica dos juízes da Corte Interamericana — reconhecidos defensores do aborto — em detrimento do texto literal da Convenção Americana<sup>40</sup>. Tal crítica fundamenta-se não apenas nos argumentos apresentados pelos juízes para alterar o conceito de concepção previsto na Convenção, como também no fato de esse ter sido um dos últimos julgamentos da Corte antes da mudança de sua composição.<sup>41</sup>

A modificação dos membros que compõem a Corte é facilmente realizada, visto que, de acordo com o artigo 7 do Estatuto da CoIDH, são os próprios Estados parte da Convenção que os elegem. Todavia, a CoIDH poderia se inspirar no modelo de outras cortes como da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e adotar instrumento importante para a limitação de efeitos nocivos de decisões ativistas, qual seja, a possibilidade da margem nacional de apreciação.

## 4.2. Margem nacional de apreciação

Não há como negar que o cumprimento das sentenças por parte dos Estados signatários é considerado como elemento chave indispensável na melhoria do sistema de proteção dos direitos humanos. Existem vários mecanismos capazes de reforçar a implementação de decisões judiciais, mas que necessitam de reformas para que sua aplicabilidade seja possível. O primeiro deles seria a margem nacional de apreciação, que pode ser adaptada também para o âmbito interno dos Estados.

No caso da margem nacional de apreciação, verificamos que ela já é uma realidade em outros sistemas, como no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, sendo inclusive bem sucedida na efetivação das decisões da CEDH, sendo fator de equilíbrio entre a efetividade das sentenças e a soberania dos Estados signatários.

Embora o termo ‘margem de apreciação’ não esteja expresso na Convenção Europeia de Direitos Humanos, referida teoria foi construída por meio de julgamentos na Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>42</sup>, e consiste essencialmente em reconhecer que — em determinadas questões — a autoridade doméstica tem mais capacidade para resolver o conflito posto em julgamento, restringindo assim o campo de atuação da Corte<sup>43</sup>.

Dentre as razões para se utilizar referida doutrina, destacam-se: o caráter subsidiário da Corte, o respeito ao pluralismo e à soberania estatal, a ausência de recursos da Corte que a impedem de analisar os casos mais

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la convención americana de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, 2014. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art04.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015. p. 113.

40 Nesse sentido: “Current court President, judge Diego García Sayán, the majority opinion’s author in *Artavia*, had long advocated abortion rights in Latin America before the decision. For instance, in 2009, García Sayán wrote an article advocating for legalization and liberalization of abortion in Latin America [...] Current judge Margarette May Macaulay, before her appointment at the court, promoted abortion rights in Jamaica and was a member of the National Advisory Group on Abortion.” JESUS, Ligia M. de. *A pro-choice reading of a pro-life treaty: the Inter-american Court on Human Rights’ distorted interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*. Available at: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2533989](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2533989)>. Access: 27 Apr. 2015. p. 3. No mesmo sentido: PAÚL DIAZ, Alvaro. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a proposito del caso *Artavia*. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 2, p. 303-345, abr. 2013. p. 303.

41 Nesse sentido: “Entre cinco casos presentados por la Comisión Interamericana en una misma época, *Artavia* fue el primero en ser resuelto.” PAÚL DIAZ, Alvaro. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a proposito del caso *Artavia*. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 2, p. 303-345, abr. 2013. p. 334.

42 A expressão foi utilizada pela primeira vez no julgamento Irlanda v. Reino Unido, em janeiro de 1978, quanto à interpretação do artigo 15 da Convenção que trata de estado de emergência. Para maiores informações sobre o surgimento e evolução da doutrina na Corte Europeia de Direitos Humanos ver: SPIELMAN, Dean. *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* *CELS Working Paper Series*, Feb. 2012. Available at: <[http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf)>. Access: 27 Apr. 2015.

43 Idem, p. 3.

profundamente, a ideia de que a Corte estaria muito distante da realidade, o que não lhe permitiria resolver casos mais sensíveis<sup>44</sup>. Ainda, assim, tal teoria não garante ao Estado uma reserva de domínio sobre nenhum direito específico<sup>45</sup>.

Por certo que essa doutrina não é isenta de críticas, as quais se focam essencialmente na ausência de regras precisas quanto à sua aplicação, gerando uma falta de certeza jurídica quanto à sua incidência<sup>46</sup>. Apesar da existência dessas críticas, que reduziria a proteção ao princípio do *'rule of law'* — um dos objetivos primordiais da Convenção Europeia —, outros afirmam que a teoria da margem de apreciação funciona como uma ferramenta indispensável para conciliar o efetivo funcionamento da Convenção respeitando a soberania e as responsabilidades governamentais em uma democracia<sup>47</sup>.

Assim, a margem de apreciação deve ser utilizada como instrumento de autorregulação e autolimitação das competências da Corte Europeia de Direitos Humanos, especialmente na revisão de decisões de autoridades nacionais<sup>48</sup>.

Um dos motivos para a utilização dessa teoria — além da deferência ao princípio da soberania dos Estados — é a possibilidade de um ganho de efetividade e reputação por parte da Corte, haja vista a prolação de sentenças menos invasivas e, conseqüentemente, politicamente mais fáceis de serem implementadas no âmbito doméstico. Ademais, a Corte internacional deve ser prudente ao reconhecer a violação de um direito pelo Estado, sendo certo que a imposição de responsabilidades aos Estados pela violação de conceitos legais vagos e indeterminados pode gerar mais efeitos negativos do que positivos<sup>49</sup>.

Isso porque, de acordo com a doutrina da margem de apreciação, em relação a determinados direitos — de normatividade flexível — existe uma zona de legalidade dentro da qual o Estado estaria livre para atuar. Ou seja, ao interpretar uma mesma norma internacional, diferentes autoridades nacionais, em diferentes Estados, poderiam gerar decisões diferentes, mas todas consideradas legais<sup>50</sup>.

É interessante observar que, embora tal doutrina seja utilizada essencialmente nos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, seus fundamentos podem ser facilmente utilizados por outras Cortes internacionais, não se justificando seu descarte puro e simples pela Corte Interamericana.

Prova disso é que por analogia poderíamos tentar aplicar algo parecido no âmbito nacional ao considerarmos que o judiciário poderia agir por deferência e verificar se um outro Poder ou órgão não teria maior qualificação para decidir um determinado tema. Por exemplo, a constatação de concentração econômica, a delimitação de terras e estradas, que seria matérias com alto nível de discricionariedade técnica e que necessitam de conhecimento específico. Nesse caso, o judiciário poderia considerar tais órgãos especializados,

44 SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. *The European Journal of International Law-EJIL*, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2006. p. 918 "A central argument in favour of a general margin of appreciation doctrine is that national actors have superior law-application capabilities to those of international courts. There are two prongs to this argument: (a) that the judicial decision-making process, both at the national and international levels, suffers from chronic deficiencies that support the delegation of decision-making powers to non-judicial decision-makers; and (b) that international courts have more limited decision-making capabilities than their domestic counterparts".

45 SPIELMAN, Dean. Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? *CELS Working Paper Series*. Feb. 2012. Available at: <[http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf)>. Access: 27 Apr. 2015. p. 29. No mesmo sentido SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. *The European Journal of International Law-EJIL*, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2006. p. 918.

46 Idem, *ibidem*.

47 SINGH, Mallika. *A, B, C n. Ireland and the Doctrine of Margin of Appreciation*. Dec. 2011. Available at: <[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=1732835](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1732835)>. Access: 27 Apr. 2015. p. 3.

48 SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?. *The European Journal of International Law-EJIL*, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2006. p. 906.

49 SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?. *The European Journal of International Law-EJIL*, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2006. p. 921

50 SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?. *The European Journal of International Law-EJIL*, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2006. p. 910

salvo em questões de violação de direito fundamental ou afronta a alguma norma constitucional, quando não poderá abdicar de sua competência.<sup>51</sup>

Quando do julgamento do caso Artavia, e no que se refere especificamente à possibilidade de utilização da teoria da margem de apreciação, a Corte simplesmente afastou, por considerar impertinente<sup>52</sup> — sem qualquer consideração adicional — o argumento do Estado acerca da existência de uma margem de apreciação. Em sua defesa, o Estado havia suscitado a importância de se deferir uma margem de apreciação aos Estados, em especial nos casos em que há restrição de algum direito e não consenso moral a respeito do tema em debate. Na oportunidade, o Governo da Costa Rica ressaltou a ausência de consenso tanto sobre o *status* legal do embrião como sobre o início da vida.<sup>53</sup>

Interessante considerar que, na proposição de argumentos contrários ao direito a vida do embrião, os membros da Corte se valeram da aplicação de normas e tratados internacionais, mas também de jurisprudência e direito interno de Estados, que nem sequer aceitam a jurisdição da Corte como, por exemplo, os Estados Unidos. Em paralelo, a Corte ignorou o direito interno da maioria dos Estados partes na Convenção no tocante a interpretação dos termos fertilização e concepção como sinônimos.<sup>54</sup>

Assim, a Corte Interamericana falhou tanto ao descartar peremptoriamente tal doutrina, como ao ignorar por duas vezes a ausência de consenso jurídico e científico sobre o início da vida: primeiro ao alterar um conceito científico — transformando o termo concepção em implantação; segundo ao estabelecer que a vida se iniciaria então somente a partir desse novo marco temporal.

Nesse contexto, embora não se possa afirmar que a Corte Interamericana entenda inaplicável a doutrina da margem de apreciação nacional<sup>55</sup>, o fato é que tal teoria necessita ser incorporada de forma objetiva e sistemática no âmbito da Corte, de modo a harmonizar essa tendência de interpretação ampliativa da Convenção com a soberania, cultura e moral dos Estados membros. De forma ainda mais ousada, podemos propor a implantação de mecanismos de revisão das sentenças proferidas pela CoIDH que exigiria uma real reforma ao Sistema que prega no artigo 62.3<sup>56</sup> da Convenção que a CoIDH seria a última intérprete do tratado.

Um dos efeitos mais negativos de decisões ativistas como a do Caso Artavia está no déficit de legitimidade que as mesmas podem ocasionar. Tendo em vista que teríamos decisões emanadas de um órgão subordinado a vontade dos Estados membros, nesse caso a CoIDH, que pode acabar ampliando ou modificando dispositivos da Convenção Americana. Essa liberdade oferecida ao trabalho dos “juízes” da CoIDH deve ser supervisionada, sob pena de comprometer a confiabilidade dos Estados, acarretando na recusa da jurisdição da CoIDH, como no caso dos Estados Unidos.

Vale ressaltar que a previsão de que a CoIDH seria a última instância de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, pode ser interpretada como possuindo as decisões desta Corte o mesmo valor normativo do tratado. Isso se mostra perigoso, no sentido que teríamos decisores subordinados às capacidades outorgadas por Estados que poderiam ampliar ou diminuir o sentido dos preceitos ratificados por esses mesmos Estados.

51 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. p. 23-32.

52 “The Court does not consider it pertinent to rule on the State’s argument that it has a margin of appreciation to establish prohibitions such as the one established by the Constitutional Chamber”. CIDH. *Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, par. 316

53 CIDH. *Caso Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, par. 170.

54 Artavia, Dissenting Opinion of Judge Eduardo Vio Grossi at 9.

55 DELGADO, Francisco Barbosa. *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 151.

56 “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

O princípio da revisão que orienta o direito a um duplo grau de jurisdição poderia ser um guia para a implantação de um mecanismo de revisão das decisões da CoIDH. Poderíamos pensar na possibilidade de uma Corte global de direitos humanos, capaz de servir de órgão de revisão de decisões de Cortes regionais, todavia, isso seria bastante improvável, tendo em vista a independência de tais Cortes.

Sendo essa revisão judicial dificultosa e mesmo improvável, poderíamos vislumbrar uma revisão de ordem política como a possibilidade de revisão das decisões e interpretações da CoIDH pela Assembleia Geral da OEA. Tal proposta não encontra paralelo com nenhum outro sistema, mas nem por isso deve ser descartada. Isso porque sendo a CIDH parte do sistema da OEA e sendo a Assembleia Geral o órgão de deliberação máximo desta mesma Organização, a aprovação de tais decisões daria a legitimidade e reforço a observância destas pelos Estados Membros da Organização.

Tal possibilidade poderia ser obstaculizada pelo fato de que nem todos os Estados-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos se submetem à jurisdição da Corte. De forma a contornar esse argumento, poderíamos propor a formação de uma assembleia ou conselho consultivo formado somente pelos Estados que se submetem à jurisdição da Corte. Tal conselho teria a função de aprovar as interpretações provenientes de casos resolvidos pela CoIDH, dando maior legitimidade a imposição de tais interpretações a si mesmos. Ou seja, os Estados estariam ratificando as interpretações e dando seu acordo formal de que estariam se engajando no cumprimento e adoção de tais interpretações no contexto internacional, mas também no contexto nacional.

A possibilidade de estabelecimento de um órgão capaz de aprovar as decisões e interpretações da CoIDH a partir do consenso das partes afetadas é dificultada pelo argumento da existência de graves e constantes violações a direitos humanos no continente latino-americano<sup>57</sup> sendo os Estados incapazes de decidir por si mesmos. Isso alimentaria a cultura colonizadora da Corte Interamericana, a ponto de ofuscar seus próprios limites de atuação e gerar sentenças contrárias a própria Convenção Americana, como ocorreu no caso Artavia.

Isso porque visão colonizadora provoca uma crescente redução, não apenas da efetividade e da reputação da Corte Interamericana, como também da confiança dos Estados membros sobre a conveniência em participar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>58</sup>. Especificamente no caso Artavia, a ausência de flexibilidade da Corte na discussão tão controversa em termos morais, culturais e científicos, pode vir a dissuadir os Estados em permanecerem na Corte e funciona como importante incentivo para outros países — como por exemplo os Estados Unidos — continuem fora de sua jurisdição<sup>59</sup>.

Tais propostas ainda precisam de grau maior de amadurecimento, mas já podem figurar como possibilidades de contenção do ativismo da CoIDH. A possibilidade de imposição de tais órgãos de revisão poderia reforçar a preocupação da Corte com os limites de intervenção no sistema jurídico interno de seus Estados Membros. Além disso, a CoIDH seria formada por decisores que devem se preocupar com a repercussão de suas decisões não só para o sistema em que atuam, mas também em relação a outros sistemas, tendo em vista que nenhum deles está clinicamente isolado dos demais e que suas decisões podem acarretar consequências de violação a outras tratativas.

57 NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law/EJIL*, v. 19, n. 1, p. 101-123, p. 107.

58 Nesse sentido: “Furthermore, Artavia may weaken states parties’ perceptions on the enforceability of Inter-American court decisions in general. Even for Costa Rica, a country that has so much invested in the Inter-American System on human rights, host to the Inter-American Court headquarters and the first state to ratify the American Convention, compliance with the court’s unreasonable demands, specially in regard to IVF state subsidies, has been less than perfect.” JESUS, Lígia M. de. *A pro-choice reading of a pro-life treaty: The Inter-american Court on Human Rights’ distorted interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*. Available at: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2533989](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2533989)>. Access: 27 Apr. 2015. p. 41.

59 Idem, ibidem.

Exemplo disso foi a tentativa da Costa Rica em seguir as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2012, elaborando um projeto de lei que permitisse a fertilização *in vitro* desde que todos os óvulos fertilizados fossem transferidos a mesma mulher que os produziu, evitando a destruição dos embriões. Tal projeto foi criticado pela Organização Pan-Americana de Saúde (OPS) no sentido em que implicaria em um risco a vida da mulher, inclusive pela inserção de embriões defeituosos. Isso demonstra a necessidade de revisão de algumas decisões que podem colocar os Estados em situação de descumprimento pela limitação representada por outras organizações das quais fazem parte.<sup>60</sup>

## 5. CONCLUSÃO

Da análise proposta, foi possível perceber que esse fenômeno de transferências de poderes e competências para as esferas jurisdicionais domésticas e internacionais constitui caminho cujo retorno parece difícil de ser visualizado. Embora tal prática possa trazer alguns benefícios, na medida em que encerram dissensos políticos que não seriam resolvidos na arena política tradicional, por outro lado, qualquer concentração de poder deve ser friamente analisada sob o aspecto de risco democrático.

Assim, se no âmbito doméstico a clássica doutrina da tripartição de poderes ainda consegue apresentar uma espécie de freio ao ativismo judicial, é importante reforçar os instrumentos de contenção na esfera judicial internacional.

Assim, o ponto delicado do ativismo judicial especificamente da CoIDH está nos efeitos produzidos por sentenças como o Caso Artavia, em que houve criticada extensão interpretativa do texto da Convenção Interamericana. Podemos encarar tal realidade de forma preventiva ou remediada. Ou seja, podemos pensar em meios de impedir que tais decisões sejam produzidas, como no caso da alteração da composição dos membros da Corte, mas podemos pensar em meios de limitar os efeitos de tais decisões a partir da implantação da margem nacional de apreciação e em última instância, de um mecanismo de revisão, capaz de oferecer maior legitimidade não só a “coisa julgada”, mas também a “coisa interpretada”.

Dos instrumentos apresentados, o que produziria efeitos imediatos, sendo inclusive capaz de modificar a cultura e entendimento do Sistema como um todo, seria a adoção estruturada e sistemática da doutrina da margem de apreciação. Todavia, incidência mais efetiva de tal teoria encontra resistência na medida em que alguns doutrinadores insistem na tese de que a Corte Interamericana enxerga os Estados membros como entes que devam ser doutrinados, pois não seriam capazes sozinhos de promover a defesa dos direitos humanos<sup>61</sup>. Ao contrário, a Corte Europeia tenta estabelecer um mecanismo de diálogo e parceria, reforçando que a competência primordial da promoção dos direitos humanos é dos tribunais e demais autoridades domésticas.

Por mais que seja possível advogar a tese de que as democracias latino-americanas ainda estão em processo de desenvolvimentos e que, portanto, ainda há cultura política de violação de direitos humanos, ainda assim é não apenas possível como também desejável a crescente utilização da doutrina da margem de apreciação.

Nesse ponto, cumpre lembrar que a teoria da margem de apreciação já estabelece parâmetros que impendem sua aplicação quando estiver em julgamento casos extremos de ofensas a direitos humanos —

60 CIDH. *Caso Artavia Murillo e outros contra a República da Costa Rica*. Sentença de 28 de novembro de 2012. p. 29.

61 PAÚL DIAZ, Alvaro. La Corte Interamericana *in vitro*: comentários sobre su proceso de toma de decisiones a proposito del caso Artavia. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 2, p. 303-345, abr. 2013.p. 332: “El argumento que suele usarse para estar en contra de la doctrina del margen de apreciación en el contexto interamericano es que el estado de derecho y la democracia en las naciones latinoamericanas no están igual de desarrollados que en las naciones europeas, por lo que no es posible conceder un margen de apreciación”.



como casos de tortura, assassinato, desaparecimento forçado. Ademais, ao permitir a incidência dessa margem de apreciação, a Corte Interamericana poderia experimentar também um acréscimo de eficiência, pois sua reduzida estrutura poderia focar-se nos casos de graves violações que exigem sua interferência.

Como dito pelo Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos, Dean Spielman, o deferimento de uma margem de apreciação aos Estados “não é um presente ou uma concessão, mas mais um incentivo para que o juiz doméstico conduza uma necessária revisão da convenção.”<sup>62</sup>

Ao compartilhar com os Estados membros a responsabilidade tanto na proteção dos direitos humanos como na interpretação da respectiva convenção, a Corte estabelece mecanismo de parceria que fortalece o Estado, a própria Corte e, conseqüentemente, todo o sistema de proteção aos direitos humanos.

Nesse contexto de cooperação deve ser observada a inserção de mecanismos de revisão descrito acima. Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, tal mecanismo visa ampliar a legitimidade e a reputação da Corte, reforçando o compromisso do Estado com as regras e precedentes do Sistema Interamericano, aumentando assim o custo político de descumprimento das decisões proferidas pela Corte, e gerando, por consequência, ganho de efetividade do Sistema Interamericano.

É importante lembrar que a efetividade de sistema de proteção de direitos humanos não se mede pelo número de sentenças produzidas pela respectiva Corte, nem mesmo pelo somatório imposto como sanção pecuniárias, mas sim pelas formas de violação a direitos humanos que o sistema consegue evitar que se reproduza. A concretude indispensável impõe que as sentenças produzidas por tais Cortes tornem o mais real possível a fruição de um direito e para tanto deve-se ter em conta tanto momento histórico como a região em tal direito deva ser implementado<sup>63</sup>.

Por fim, para aqueles que advogam a ideia de que o ativismo judicial não deve ser contido em nenhuma esfera, por refletir um amadurecimento das instituições políticas e jurisdicionais, resta a clássica frase de Norberto Bobbio: “Nunca nos alegramos cuando la interpretación evolutiva o creadora era invocada por los juristas nazis”<sup>64</sup>.

## REFERÊNCIAS

ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert. The execution of the judgments of the European Court of Human Rights: towards a non-coercive and participatory model of accountability. *ZaöRV*, v. 69, p. 471-506, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BOBBIO, Norbert. El problema del positivismo jurídico. In: FREUND, Julien. *El Derecho Actual y minima moralia*. 2. ed. Bahia Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2006.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la convención americana de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, 2014. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art04.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

62 Tradução livre do trecho: “It is therefore neither a gift nor a concession, but more an incentive to the domestic judge to conduct the necessary Convention review” SPIELMAN, Dean. Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? *CELS Working Paper Series*, Feb. 2012. Available at: <[http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf)>. Access: 27 Apr. 2015.

63 NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law/EJIL*, v. 19, n. 1, p. 101-123, p. 115.

64 BOBBIO, Norbert. El problema del positivismo jurídico. In: FREUND Julien. *El derecho actual y minima moralia*. 2. ed. Bahia Blanca: Universidad Nacional del Sur, 2006. p. 166.

CANTON, Santiago. *To strengthen human rights, change the Organization of American States (Not the Commission)*. Available at: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1836&context=hrbrief>>. Access: 27 Apr. 2015.

DELGADO, Francisco Barbosa. *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012.

DOTHAN, Shai. Judicial Tactics in the European Court of Human Rights. *Public Law & Legal Theory Working Papers*, v. 12, n. 1, p. 114-142, Aug. 2011. Available at: <[http://chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory/174/](http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/174/)>. Access: 27 Apr. 2015.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *Combatente inimigo, homo sacer ou inimigo absoluto? O Estado de exceção e o novo nomos na Terra: O impacto do terrorismo sobre o sistema jurídico-político do século XXI*. Curitiba: CRV, 2013.

GEORGE, Robert P.; TOLLEFSEN, Christopher. Embryonic debate: a reply to William Saletan, liberal bioethics writer, former embryo. *National Review Online*, 11 Feb. 2008. Available at: <<http://www.nationalreview.com/articles/223640/embryonicdebate/robert-p-george>>. Access: 27 Apr. 2015.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-754, 2006.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts resisting courts: lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, Aug. 2011.

JESUS, Ligia M. de. *A pro-choice reading of a pro-life treaty: The Inter-american Court on Human Rights' distorted interpretation of the American Convention on Human Rights in Artavia v. Costa Rica*. Available at: <[https://www.google.com.br/?gws\\_rd=ssl#q=JESUS%2C+Ligia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%2C%20B4distorted+interpretation+of+the+American+Convention+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica](https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=JESUS%2C+Ligia+M.+de.+A+pro-choice+Reading+of+a+pro-life+treaty%3A+The+Inter-american+Court+on+Human+Rights%2C%20B4distorted+interpretation+of+the+American+Convention+on+Human+Rights+in+Artavia+v.+Costa+Rica)>. Access: 27 Apr. 2015.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ELSNER, Gisela Elsner; AMBOS, Kai Ambos; MALARINO, Ezequiel (Coord.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. 2010. v. 1. p. 25-62.

NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law/EJIL*, v. 19, n. 1, p. 101-123.

PAÚL DIAZ, Alvaro. La Corte Interamericana in vitro: comentários sobre su proceso de toma de decisiones a proposito del caso Artavia. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 2, p. 303-345, abr. 2013.

POSNER, Eric A.; YOO, John C. Judicial Independence in International Tribunals. *California Law Review*, v. 93, n. 1, p. 1-74, Jan. 2005.

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

SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?. *The European Journal of International Law-EJIL*, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2006.

SILVA, Alice Rocha; VARELLA, Marcelo Dias. A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 49, p. 24-40, 2006.

SINGH, Mallika. *A, B, C v. Ireland and the Doctrine of Margin of Appreciation*. Dec. 2011. Available at: <[http://papers.ssrn.com/sol3/cf\\_dev/AbsByAuth.cfm?per\\_id=1732835](http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=1732835)>. Access: 27 Apr. 2015.

SMITH, Stephen F. Taking lessons from the Left?: Judicial activism on the right. *Scholarly Works*, n. 880, Jan. 2002. Available at: <[http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1878&context=law\\_faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1878&context=law_faculty_scholarship)> Access: 27 Apr. 2015.

SPIELMAN, Dean. Allowing the right margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? *CELS Working Paper Series*, Feb. 2012. Available at:<[http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels\\_lunchtime\\_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf)>. Access: 27 Apr. 2015.

RUIZ MIGUEL, Alfonso; ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra. Derecho a la vida y constitución: consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica’. *Estudios Constitucionales*, año 12, n. 1, p. 71-104, 2014.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O desenvolvimento da Corte  
Interamericana de Direitos  
Humanos**

**The active development of  
Inter-American Court of Human  
Rights**

André Pires Gontijo

# O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos\*

## The active development of Inter-American Court of Human Rights

André Pires Gontijo\*\*

### RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o desenvolvimento ativo da Corte Interamericana de Direitos Humanos assim como examinar sua missão institucional em contribuir para a harmonização dos direitos humanos no Sistema Interamericano. Primeiramente, discute-se o papel de jurisdição facultativa previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos para, em seguida, analisar a transição para a jurisdição obrigatória. Finalmente, observam-se as consequências do desenvolvimento como jurisdição obrigatória, como o adensamento de juridicidade de sua jurisprudência e o implemento da ideia de jus cogens. Como procedimento metodológico, a pesquisa utilizou a análise de casos da Corte, além de referências no plano dogmático-instrumental. Em conclusão, a pesquisa revelou a importância que o comportamento ativo da Corte para a sua qualificação como jurisdição obrigatória. As limitações teóricas e práticas da pesquisa alcançam o breve espaço para visualizar a receptividade da alteração do perfil de jurisdição obrigatória aos Estados. As implicações para as pesquisas futuras demonstram que a transição para o perfil de jurisdição obrigatória apresenta-se como verdadeiro salto evolutivo e revela a importância da Corte como ator responsável pela concretização dos direitos humanos no âmbito da América Latina. O valor e a originalidade da pesquisa estão no estudo do desenvolvimento jurisprudencial da Corte, pois ao estender a qualidade de jus cogens para os artigos 8º e 25 da Convenção, a Corte permitiu que sua jurisdição obrigatória adentrasse ao âmbito de proteção do processo constitucional dos Estados, para, mediante os dispositivos do artigo 1º, item 1, e 2º, do texto convencional, colocar em prática a compensação constitucional oriunda do jus cogens, em virtude do déficit de proteção dos direitos humanos, utilizando-se da própria interpretação evolutiva conferida ao artigo 25 da Convenção Americana.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento ativo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Transição da Corte Interamericana de Jurisdição Facultativa para Jurisdição Obrigatória. Adensamento de juridicidade de sua jurisprudência com o desenvolvimento da ideia de jus cogens.

### ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the active development of Inter-American Court of Human Rights, as well as examining its institutional

\* Artigo convidado.

\*\* Doutorando e Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor da Graduação em Relações Internacionais, da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do UniCEUB. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Internacionalização do Direito (UniCEUB), Líder do Grupo de Estudo Debatedo com o STF (ICPD/UniCEUB), Pesquisador-Associado e Secretário-Executivo do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC/ICPD/UniCEUB). E-mail: andre.pires.gontijo@gmail.com

mission to contribute to the harmonization of human rights within the Inter-American System. First, we discuss the role of optional jurisdiction under the American Convention on Human Rights to then analyze the transition to compulsory jurisdiction. Finally, we observe the consequences of development as compulsory jurisdiction, as the law density of its rulings and implement the idea of *jus cogens*. As a methodological approach, the research used the case analysis of the Court, in addition to references in the dogmatic-planning research. In conclusion, this study revealed the importance of the active behavior of the Court for its qualification as compulsory jurisdiction. The theoretical and practical limitations of the research reach the space soon to view the receptivity of the amendment of the compulsory jurisdiction of states profile. The implications for future research shows that the transition to the profile of compulsory jurisdiction is presented as a true evolutionary leap and reveals the importance of the Court as an actor responsible for the realization of human rights in the context of Latin America. The value and originality of the research are to study the developing jurisprudence of the Court as to extend the quality of *jus cogens* to Articles 8 and 25 of the Convention, the Court allowed his compulsory jurisdiction enter therein the scope of protection of the constitutional process of the States for by the provisions of Article 1, item 1 and 2, the conventional text, putting into practice the constitutional compensation of *jus cogens*, because of the protection of human rights deficit, using the evolutionary interpretation given to own Article 25 of the Convention.

**Keywords:** Active development of Inter-American Court of Human Rights. Court transition – optional jurisdiction to compulsory jurisdiction. Law density jurisprudence to implement the *jus cogens* idea.

## 1. INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte Interamericana) não foi constituída para ser, apenas, a terceira ou quarta instância relacionada ao controle de julgamentos dos Estados Nacionais. A Corte tem como missão institucional contribuir para a harmonização dos direitos humanos no plano do Sistema Interamericano de Proteção, mediante a interpretação das normas contidas nos instrumentos internacionais adotados pelos Estados. Para o sucesso dessa empreitada, o envolvimento de todos os atores envolvidos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é essencial, e os Estados estão na vanguarda do sistema<sup>1</sup>.

Ao longo da presente pesquisa, pretende-se demonstrar o desenvolvimento do perfil jurisdicional da Corte Interamericana. Busca-se, nesse cenário, evidenciar o seu papel “original” como força coadjuvante na proteção dos direitos humanos para, na sequência, evidenciar a evolução de seu âmbito de proteção como jurisdição obrigatória.

Essa transição de jurisdição facultativa para jurisdição obrigatória tem como consequência o desenvolvimento da problemática da presente pesquisa. Com a mudança para o perfil de jurisdição obrigatória, a Corte Interamericana adquiriu a possibilidade de ter um comportamento criativo e desenvolver o conteúdo essencial dos direitos humanos em seus julgamentos?

Como hipótese, acredita-se que o desenvolvimento do conteúdo essencial dos direitos humanos pelos julgamentos da Corte Interamericana existe e é realizado artesanalmente, em cada caso paradigma.

Para comprovar essa hipótese, apresenta-se tópico em que se revela a construção artesanal do adensamento de juridicidade — que diz respeito ao *jus cogens* —, elaborado pelos julgamentos da Corte Interamericana.

1 GARCIA RAMÍREZ, Sergio. *Relatório para a Assembleia Geral da OEA*. Panamá. 05 jun. 2007.

## 2. O PAPEL “ORIGINAL” DA CORTE INTERAMERICANA: A FEIÇÃO DE JURISDIÇÃO FACULTATIVA

O compromisso original dos Estados Partes — que aceitaram fazer parte do espectro de incidência normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos — era o de respeitar, conforme dispõe o artigo 1º, item 1, de referida Convenção, os direitos e liberdades que estavam nela reconhecidos e de garantir a concretização dos mesmos a qualquer ser humano que estivesse submetido a sua jurisdição, sem discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outros tipos, como de origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A Corte Interamericana insere-se na proposta de consolidar, no âmbito do quadro das instituições democráticas dos Estados que compõe o plano interamericano, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, com lastro na respeitabilidade dos direitos humanos essenciais. No primeiro momento, essa inserção é planejada como uma proteção internacional, de natureza convencional, mas de caráter coadjuvante ou complementar da rede de proteção que os sistemas jurídicos nacionais dos Estados Partes oferecem, conforme enunciado no Preâmbulo da Convenção.

Essa proteção coadjuvante ou complementar é demonstrada não apenas pela enunciação do Preâmbulo, mas é reafirmada pelas disposições da Convenção, em especial o dever de adotar as disposições de direito interno, previsto no artigo 2º da Convenção, uma vez que se os direitos humanos essenciais, mencionados no artigo 1º, item 1, da Convenção, ainda não estiverem garantidos por disposições legislativas ou de outra natureza, não haveria uma implementação do plano internacional imediata, mas sim o compromisso dos Estados Partes de se comprometerem a adotar — em consonância com suas normas constitucionais e com as disposições normativas concernentes à Convenção Americana — as medidas procedimentais necessárias para tornarem referidos direitos humanos essenciais efetivos.

Outra disposição convencional que reafirma esse posicionamento está contida no artigo 46 da Convenção, em especial no tocante à prévia necessidade de esgotamento dos recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos<sup>2</sup>. Como a própria disposição convencional enfatiza, a primazia é de que a jurisdição do Estado-Parte seja reconhecida como predominante, razão pela qual a atuação da Corte Interamericana, nesse contexto sistemático convencional, apresenta-se como subsidiária.

Para enfatizar esse aspecto, o artigo 62, item 1, da Convenção, assegura que é prerrogativa do Estado-Parte reconhecer a competência da Corte Interamericana em todos os casos contenciosos, referentes à interpretação ou aplicação da Convenção. Isto pode ser realizado no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção, de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior. Essa declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos.

Destaque-se que, pelo texto convencional, a Corte Interamericana tem competência para conhecer qualquer caso, referente à interpretação e à aplicação da Convenção, desde que os Estados Partes reconheçam a referida competência.

Nota-se, pela interpretação sistemática da Convenção, que foi dada à Corte Interamericana competência subsidiária para apreciar e resolver casos em matéria de direitos humanos. Com essa condição, a Corte Interamericana passou por sérias controvérsias sobre o seu papel institucional, com tensões políticas provocadas por Estados Partes que estavam em desacordo com os deveres de cumprimento da Convenção<sup>3</sup>.

2 O esgotamento dos recursos internos é uma exceção preliminar reconhecidamente articulada pelos Estados Partes ao apresentarem suas defesas no âmbito de julgamento da Corte IDH. Este artigo 46 passou por uma releitura, a partir da Opinião Consultiva n. 11, emitida em 10 de agosto de 1990, a qual foi solicitada pela Comissão IDH. Ademais, a Corte IDH, em diversos casos, tem afastado esta exceção preliminar, seja em virtude da ausência de devido processo legal, seja pelo reconhecimento do impedimento da parte em esgotar os recursos da jurisdição interna, ou ainda, seja pela demora injustificada na decisão sobre mencionados recursos (artigo 46, item 2, da Convenção).

3 Destaque-se, nesta senda, a controvérsia relatada por Cançado Trindade, à época Presidente da Corte IDH, em que o Estado do Peru, comandado pelo então Ex-Presidente Fujimori, começou uma campanha maciça, a níveis diplomáticos na esfera internac-

### 3. OS PASSOS DA EVOLUÇÃO: A AFIRMAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

No ano de 1999, a Corte Interamericana se deparou com um desafio institucional: duas demandas — Caso Ivcher Bronstein e Caso do Tribunal Constitucional — que chegaram a seu exercício, pela Comissão Interamericana, e foram oriundas da República do Peru.

Em Ivcher Bronstein vs. Peru, a vítima era proprietária de mais da metade de um importante meio de comunicação no Peru. Entretanto, de nacionalidade israelense, renunciou sua nacionalidade e adquiriu a cidadania peruana. Por seu meio de comunicação vincular reportagens sobre tortura e outros desabonos em relação ao Estado, a vítima se viu em um processo institucional de alteração legislativa, cujo resultado final foi a perda da sua naturalização mediante a edição de um decreto que autorizou o cancelamento da nacionalidade aos peruanos naturalizados.

Por sua vez, em relação ao Caso Tribunal Constitucional vs. Peru, a Corte Constitucional da República do Peru passou por um período de intensa pressão dos fatores reais de poder, no que diz respeito à análise de legislação sobre a eleição do Presidente da República no Peru. Depois de uma controvertida disputa política, envolvendo a análise do julgamento<sup>4</sup>, três magistrados foram destituídos de seus cargos, e um conjunto de 27 parlamentares do Congresso da República do Peru ingressaram com o caso perante a Comissão Interamericana.

Em ambos os casos, no dia 16/07/1999, o representante da República do Peru perante a Corte Interamericana — o Embaixador da Costa Rica — devolvera os dois processos, nos quais continham uma nota técnica, de 15/07/1999, subscrita pelo representante do Ministério das Relações Exteriores do Estado do Peru, que descreve o procedimento adotado pela República do Peru.

O Congresso da República do Peru aprovou, por meio da Resolução Legislativa n. 27152, de 08/07/1999, a retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana. Na mesma data, o Governo da República do Peru efetuou o depósito — diante da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) — do instrumento que continha a retirada da declaração que reconhecia a cláusula facultativa de submissão à competência contenciosa da Corte Interamericana. Segundo a nota técnica apresentada à Corte, a retirada do reconhecimento da competência contenciosa da jurisdição da Corte produziria efeitos imediatos desde a data do mencionado instrumento de depósito perante a Secretaria-geral da OEA (a partir de 09/07/1999) e se aplicaria a todos os casos em que a República do Peru não houvesse contestado a demanda levada à jurisdição da Corte.

Ao apreciar os dois casos nas respectivas Sentenças que fixaram sua competência, a Corte IDH considerou ser inadmissível a pretensão de retirada, pela República do Peru, da declaração de reconhecimento da competência contenciosa da Corte com efeitos imediatos, assim como quaisquer consequências que derivam deste ato<sup>5</sup>.

Nos presentes casos, a Corte Interamericana firmou posicionamento de que por se tratar de um órgão jurisdicional, ela tem o poder inerente de determinar o alcance de sua própria competência. No desenrolar deste posicionamento, a Corte não pode abdicar dessa prerrogativa, visto que a reconhece como um dever, imposto pela Convenção Americana por meio do conteúdo essencial do artigo 62, item 3, para o exercício de suas funções<sup>6</sup>.

---

ional, para retaliar e desconstruir a imagem da Corte, o que levou a Corte IDH a iniciar uma série de tratativas institucionais, e a modificar o perfil originalmente descrito pela Convenção Americana. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 5-9.

4 Confira-se a cronologia dos acontecimentos em Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, §§ 2-3.

5 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 53 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 54.

6 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, §§ 32-33 e Corte IDH. *Caso*



O papel institucional desempenhado pela Corte Interamericana é o de atuar com a finalidade de preservar a integridade do instituto de aceitação da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória, previsto no artigo 62, item 1, da Convenção, uma vez que a Corte não pode estar condicionada a fatos distintos de suas próprias atuações. Desse modo, seria inadmissível subordinar sua jurisdição obrigatória a restrições e objeções agregadas pelos Estados Partes demandados ao término do procedimento de aceitação da competência contenciosa da Corte, porquanto isso afetaria a eficácia do instituto e impediria o seu desenvolvimento progressivo<sup>7</sup>.

Nesses julgados, a Corte Interamericana promoveu uma diferenciação funcional em relação a Tribunais Internacionais que desenvolveram sua jurisdição no âmbito do Direito Internacional Geral. Nesse aspecto, a diferenciação funcional em debate se deu em relação à Corte Internacional de Justiça (CIJ), sobre a qual a Corte Interamericana promoveu um distanciamento interpretativo no que diz respeito à atuação dos Estados Partes no contencioso jurisdicional.

Pelo artigo 36, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça<sup>8</sup>, o reconhecimento como obrigatória da jurisdição da CIJ poderá ser feita com condicionantes de reciprocidade entre os Estados Partes ou por prazo determinado. O que pretende a Corte Interamericana, com o empenho argumentativo e institucional colocado nessas demandas, é afastar qualquer tipo de analogia entre a aceitação da cláusula de jurisdição obrigatória, contida na Convenção Americana com a prática estabelecida pelos Estados Partes no âmbito da CIJ e que se assentara como um costume no plano internacional<sup>9</sup>.

Com efeito, para demonstrar o caráter normativo da Convenção Americana, a Corte Interamericana considera que a aceitação de sua competência contenciosa constitui uma cláusula pétrea, a qual não admite limitações, a não ser a que estejam expressamente contidas no texto convencional, posto que, diante de sua importância para o sistema de proteção dos direitos humanos, essa interpretação não pode ser restrita a limitações não previstas e que sejam invocadas pelos Estados Partes por razões de ordem interna<sup>10</sup>.

A construção da identidade da Corte Interamericana como um tribunal internacional que aprecia as controvérsias relacionadas aos direitos humanos passa pelo reconhecimento das obrigações diferenciadas que os Estados Partes devem assumir em relação a essa matéria. Em especial, os Estados Partes, vinculados à Convenção, devem garantir o cumprimento do conteúdo normativo em matéria de direitos humanos e os seus respectivos efeitos próprios, o que a Corte Interamericana denomina de *effet utile* (efeito útil) no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais. Esse parâmetro de atuação aplica-se não apenas com relação aos dispositivos convencionais que se remetem à proteção material dos direitos humanos, mas deve ser conferido também às normas procedimentais contidas na Convenção, em especial a cláusula de jurisdição obrigatória.

*Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, §§ 31-32.

7 Corte IDH. *Caso Incher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, §§ 34-35 e Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, §§ 33-34.

8 A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor. Os Estados, partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordos especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional. As declarações acima mencionadas poderão ser feitas pura e simplesmente ou sob condição de reciprocidade da parte de vários ou de certos Estados, ou por prazo determinado. Tais declarações serão depositadas junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas que as transmitirá, por cópia, às partes contratantes do presente Estatuto e ao Escrivão da Corte. Nas relações entre as partes contratantes do presente Estatuto, as declarações feitas de acordo com o Artigo 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e que ainda estejam em vigor serão consideradas como importando na aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça, pelo período em que ainda devem vigorar e de conformidade com os seus termos. Qualquer controvérsia sobre a jurisdição da Corte será resolvida por decisão da própria Corte.

9 Corte IDH. *Caso Incher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 47 e Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 46.

10 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 35 e Corte IDH. *Caso Incher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 36.

Logo, essa cláusula é considerada pela Corte Interamericana como essencial à eficácia do mecanismo de proteção internacional e deve ser compreendida e aplicada com o escopo de ser concretizada na realidade constitucional, haja vista o caráter especial que reveste a Convenção, diante da natureza de tratado de direitos humanos<sup>11</sup>.

Além do mais, a Convenção de Viena do Direito dos Tratados estabelece como regra geral de interpretação, no seu artigo 31, item 1, que o tratado deve ser interpretado com a boa-fé, consoante o sentido comum atribuível aos termos da parte dispositiva em seu contexto, e de acordo com os objetivos e as finalidades buscados em suas disposições normativas<sup>12</sup>.

Com esteio nesse *standard* do Direito Internacional Geral, a Corte Interamericana argumenta que não há norma na Convenção Americana que autorize os Estados Partes a retirar sua declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte. Desse modo, uma interpretação de boa-fé do conteúdo normativo da Convenção Americana, atendendo a seus objetivos e fins, indica que um Estado-Parte apenas pode desvincular-se de suas obrigações assumidas de acordo com os ditames do próprio tratado. No caso da Convenção Americana, a única via que dispõe o Estado-Parte para se desvincular da competência contenciosa da Corte é a denúncia a todo o conteúdo da Convenção Americana, em consonância com os preceitos estabelecidos no artigo 78 da própria Convenção<sup>13</sup>.

Em uma interpretação sistemática, a Corte IDH utiliza-se das regras de interpretação previstas pela própria Convenção Americana, no artigo 29, item 1, no sentido de que nenhuma disposição convencional pode ser interpretada a fim de permitir a qualquer dos Estados Partes, pessoas ou grupo de pessoas suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na referida Convenção ou limitá-los em maior medida no que no texto previsto por ela.

Assim, uma interpretação da Convenção Americana no sentido de permitir a um Estado-Parte retirar o reconhecimento da competência obrigatória da Corte implicaria a supressão do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, provocando uma colisão com os objetivos e os propósitos existentes como um tratado de direitos humanos, cuja consequência repercutiria na privação — a todos os beneficiários da Convenção — da garantia adicional de proteção dos direitos humanos mediante a atuação de seu órgão jurisdicional<sup>14</sup>.

A Corte Interamericana considera que a Convenção Americana, assim como outros tratados em matéria de direitos humanos, inspira-se em valores comuns superiores<sup>15</sup>, e que são diferenciados dos outros tratados, uma vez que estão dotados de mecanismos específicos de supervisão e aplicam-se em conformidade com a noção de garantia coletiva, com o escopo de consagrar obrigações de caráter objetivo<sup>16</sup>, demonstrando, assim, a diferenciação funcional existente e necessária da Corte Interamericana em relação aos demais tribunais internacionais.

Esse, inclusive, é o assentamento inicial do posicionamento da Corte Interamericana, quando do exame da Opinião Consultiva n. 2, de 1982, na qual demonstra essa diferenciação funcional decorrente do conteúdo dos direitos humanos. Ao invés de os Estados Partes se submeterem a um sistema jurídico multilateral do tipo tradicional, com o intercâmbio recíproco de direitos e obrigações, provenientes da busca pela satisfação

11 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 36 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 37.

12 Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados, artigo 31: “1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.”

13 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, §§ 39-40.

14 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 40.

15 Valores que ensejam a leitura do direito internacional a partir do conteúdo essencial dos direitos humanos. Nesse sentido, conferir a opinião de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. *General Course on Public International Law from Hague Academy of International Law*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, v. 316, 2005-2006.

16 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 42.

de interesses comuns entre Estados, eles se vinculam a um tipo de obrigação que não apenas diz respeito aos outros Estados, mas, em especial, estão conectadas às pessoas sob sua jurisdição<sup>17</sup>.

O critério de vinculação à pessoa humana não foi criado exclusivamente pela Corte Interamericana, mas já fora desenvolvido pela própria CIJ, ao tratar da interpretação no tocante ao manejo de reservas, pelos Estados, em relação à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, de 1951. Na opinião da CIJ, nos tratados de conteúdo formado por direitos humanos, os Estados Partes contratantes não têm interesses próprios, senão interesses comuns, concretizados na consolidação dos propósitos que são a finalidade deste tipo de Convenção<sup>18</sup>.

Com efeito, houve o adensamento de juridicidade no plano internacional, sobretudo com destaque para a manifestação do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. No âmbito do Sistema Europeu, as obrigações assumidas pelos Estados Partes no bojo da Convenção Européia detêm um caráter objetivo, destinadas a proteger o conteúdo essencial dos direitos humanos de violações dos Estados, ao invés de criar direitos e obrigações recíprocos entre estes. Indo além, as obrigações objetivas estabelecidas pela Convenção Européia transfiguram-se em uma garantia coletiva<sup>19</sup>, de modo que a Convenção Européia deve ser compreendida em decorrência de seu caráter específico, como compromisso de garantia coletiva dos direitos humanos e liberdades fundamentais, cujo objeto e fim deste instrumento de proteção exigem compreender e aplicar suas disposições de maneira a concretizar a proteção à pessoa humana<sup>20</sup>.

Por essa razão, o funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção confere importância diferenciada à cláusula prevista no artigo 62 da Convenção Americana. Há várias maneiras de interpretar a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória da Corte Interamericana. A Corte escolheu a compreensão que estabelece a obrigação dos Estados de garantir o conteúdo essencial dos dispositivos materiais e procedimentais da Convenção Americana, apreciando esta perspectiva à luz do objeto e propósito da Convenção Americana, como tratado de direitos humanos, sempre buscando a concretização do seu “efeito útil”, mediante a consolidação do caráter normativo da Convenção Americana<sup>21</sup>.

E, por meio dessa importância, a Corte Interamericana considera que a solução de casos confiados a tribunais de direitos humanos<sup>22</sup>, como os Sistemas Regionais de Proteção, não admite equiparações com os órgãos de soluções de controvérsia internacionais em um contencioso envolvendo apenas relações interestatais, diante do contexto diferenciado exposto, motivo pelo qual os Estados Partes não podem contar com o mesmo critério de discricionariedade quando a matéria envolve direitos humanos<sup>23</sup>. Com esse posicionamento, configura-se, assim, o padrão criativo do artigo 62 da Convenção Americana como disposição normativa definidora da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana.

Portanto, nos casos *Ivcher Bronstein* e *Tribunal Constitucional*, ambos em desfavor da República do Peru, a Corte IDH demonstrou sua feição de Corte Constitucional, ao delinear sobre o sistema de proteção da Convenção Americana, atribuindo a si a competência de definição de sua jurisdição como uma jurisdição obrigatória, e realizando uma diferenciação funcional, em termos de âmbito de atuação e de papéis institucionais desempenhados pelos Estados perante tribunais internacionais, como a CIJ.

17 Corte IDH. Opinião Consultiva n. 02, de 24/09/1982. O Efeito das Reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 74 e 75) solicitada pela Comissão IDH, § 29.

18 CIJ. *Opinião Consultiva relativa a Reservas à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio (1951)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

19 Corte EDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido* (n. 5310/71). Sentença de 18/01/1978, § 239.

20 Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido* (n. 14038/88). Sentença de 07/07/1989, § 87.

21 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, §§ 44-47. Por sua vez, o caráter normativo da Convenção Americana (*Law-Making Treaty*) teve sua inspiração na jurisprudência da Corte EDH, em especial no caso *Loizidou vs. Turquia* (Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia* (n. 15318/89). Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995, § 84).

22 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 11.

23 Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 47 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 48.

Esse posicionamento permitiu o adensamento de juridicidade ao sistema internacional, com o reforço interpretativo conferido à Convenção de Viena e ao direito dos tratados, com o uso da fertilização jurisprudencial e o subsídio teórico aplicado com os precedentes do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, para concretizar e fortalecer o entendimento acerca da força normativa da Convenção Americana e o desenvolvimento do papel da Corte Interamericana como jurisdição obrigatória.

#### 4. A CORTE INTERAMERICANA E O DESENVOLVIMENTO DO SEU PAPEL COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

Diante do cenário construído nos casos *Ivcher Bronstein e Tribunal Constitucional*, o Sistema Interamericano prosseguiu com a evolução desse modelo de jurisdição obrigatória<sup>24</sup>.

O caso *Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago* é um produto da acumulação de 03 casos que foram submetidos separadamente pela Comissão IDH em desfavor do Estado de Trinidad e Tobago em 25/05/1999, 22/02/2000 e 05/10/2000. As demandas, perante a Comissão Interamericana, têm sua origem em 32 denúncias, formuladas entre julho de 1997 e maio de 1999, cujas violações alegadas apresentam-se um caráter específico e concentrado em valores como (i) a proibição à pena de morte (32 casos), (ii) a possibilidade de indulto (31 casos), (iii) a demora na prestação jurisdicional (25 casos), (iv) a realização de um julgamento justo (26 casos), (v) condições de detenção (21 casos) e (vi) indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (11 casos)<sup>25</sup>.

A demanda proposta pela Comissão Interamericana diante da Corte Interamericana visa, nesse aspecto, interferir no julgamento interno das supostas vítimas, em especial para que a pena de morte não seja a solução final nos seus casos perante a jurisdição penal interna, mas que elas possam ter a opção de solicitar institutos como a anistia, o perdão, ou até mesmo a comutação das respectivas penas, bem como rediscutir violação de direitos em virtude da demora no processamento dos casos em um período razoável, além de indicar a necessidade de realização de um julgamento justo<sup>26</sup>.

No tocante à fixação de sua competência, a Corte Interamericana deparou-se com uma situação mais drástica em relação ao conflito diplomático vivido com a República do Peru. Na hipótese, o Estado de Trinidad e Tobago, que havia depositado seu instrumento de ratificação da Convenção Americana em 28/05/1991 e reconhecido a competência contenciosa da Corte Interamericana, em 26/05/1998 realizou a denúncia à Convenção Americana, nos termos do seu artigo 78<sup>27</sup>.

Conforme referido artigo 78, item 1, há a possibilidade dos Estados Partes denunciarem a Convenção após o prazo de 05 anos de entrada em vigor do dispositivo protetivo, e mediante aviso prévio de 01 ano, em que, depois de notificado, o Secretário-geral da OEA informará as outras partes.

Entretanto, em consonância com o item 2 do artigo 78, referida denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-Parte das obrigações contidas na Convenção Americana, quando atos que importem violação ao texto convencional houverem sido cometido pelo Estado-Parte anteriormente à data em que a denúncia produzirá efeitos.

24 A esse respeito, o apanhado crítico foi realizado, em uma perspectiva metodológica, por PETERS, Anne. *International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties*. *European Journal of International Law (EJIL)*, v. 14, n. 1, p. 1-34, 2003. p. 20–21.

25 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 1-3.

26 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 4-11.

27 Dispõe o artigo 78 da Convenção Americana: “1. Os Estados-partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado o prazo de cinco anos, a partir da data em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-geral da Organização, o qual deve informar as outras partes. 2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.”

Nesse contexto, a denúncia produziria efeitos a partir de 26/05/1999. Todavia, os fatos referentes ao presente caso ocorreram anteriormente a essa data, de modo que a denúncia efetuada pelo Estado não gerará efeitos<sup>28</sup>.

Não obstante, o Estado de Trinidad e Tobago ter recusado o reconhecimento da Corte Interamericana para a apreciação desses casos, a Corte adensou sua jurisprudência e implementou o entendimento firmado nos casos Ivcher Bronstein e Tribunal Constitucional, ambos em detrimento do Peru, sobre a necessidade de reconhecer a sua jurisdição como obrigatória, em uma perspectiva de interpretação de boa-fé do texto convencional, em que a força normativa do artigo 62 da Convenção a qualifica como uma jurisdição obrigatória, com o escopo de compatibilizar a definição da competência da Corte com os fins e objetivos de proteção dos direitos humanos previstos no texto convencional<sup>29</sup>.

O argumento consolidado nesse caso tem como escopo legítimo promover o distanciamento teórico do desenvolvimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana do voluntarismo dos Estados Partes, com o intento de promover a formação de uma comunidade internacional coesa e institucionalizada, cuja consequência é a movimentação de um direito internacional — antes disponível pelos Estados Partes — para uma esfera internacional focada na formação do *jus cogens*<sup>30</sup>.

## 5. CONSEQUÊNCIAS DA CORTE INTERAMERICANA SE TORNAR UMA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA: O ADENSAMENTO DE JURIDICIDADE DE SUA JURISPRUDÊNCIA COM O DESENVOLVIMENTO DA IDÉIA DE *JUS COGENS*

O *jus cogens* é o fundamento de validade natural dos regimes especiais de direito internacional que se encontram fora de responsabilidade das ordens jurídicas dos Estados Nacionais<sup>31</sup>.

Trata-se da estrutura formal que expressa supremacia no plano internacional, posto que o *jus cogens* apresenta-se como um corpo específico e superior de normas, que triunfa sobre os conflitos envolvendo os tratados<sup>32</sup> e os costumes<sup>33</sup> no âmbito do direito internacional. O *jus cogens* pode ser qualificado como uma norma constitucional<sup>34</sup>, em um sentido formal e material, presente no direito internacional<sup>35</sup>.

28 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 12-13.

29 Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 14-20.

30 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 12-16.

31 UNITED NATION. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006, p. 83.

32 A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 53, expressa que “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. O artigo 64 da referida Convenção consolida a força e a importância da norma imperativa de direito internacional: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. O tratamento especial às normas consideradas *jus cogens* ainda é verificado na Convenção de Viena nos artigos 44, item 5, que remete à indivisibilidade das disposições de um tratado, 66, letra “a”, que remete o conflito com o *jus cogens* para a Corte Internacional de Justiça e 71, que reflete as consequências da nulidade de um tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral.

33 Corte EDH. *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido (n. 35763/97)*. Sentença de 21/11/2001, § 3.

34 FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Emergenz der Globalverfassung. Max-Planck-Institut, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, n. 63, p. 717-760, 2003. Disponível em: <[http://www.zaoerv.de/63\\_2003/63\\_2003\\_3\\_a\\_717\\_760.pdf](http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2013. p. 743-749.

35 PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and struc-

A estrutura metodológica do *jus cogens* compreende a formação de dois campos de normas jurídicas, em matéria de direitos humanos. O primeiro campo é composto por um núcleo universal, o qual é impositivo a todos os Estados. O núcleo universal contém as regras previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aceita por todos os Estados, que as convalidaram pela Conferência de Viena, de 1993<sup>36</sup>.

A expansão em torno desses núcleos significa a construção de valores fundamentais de convivência humana. Os valores fundamentais componentes do núcleo duro desse campo abarcariam a restrição à tortura, ao tratamento desumano e degradante, à escravidão, a não retroatividade da lei-penal, ao genocídio, bem como à proteção contra a privação da liberdade de forma abusiva, à proibição da morte e da execução sumária, à deportação forçada e à discriminação racial sistemática. Como os Estados aceitaram e reconheceram como valores fundamentais comuns, o seu cumprimento é realizado pela comunidade internacional<sup>37</sup>.

Por sua vez, o segundo campo normativo é composto por um conjunto variável de normas aceitas como padrões nacionais de direitos humanos, que derivam ou não das normas jurídicas contidas no âmbito de Convenções Internacionais de proteção dos direitos humanos. A diferenciação funcional sobre a questão remeteria a compreender a composição do núcleo essencial, isto é, se a identidade normogênica do direito é derivado do plano internacional, compatível com a harmonização pela margem nacional de apreciação dos Estados<sup>38</sup>, ou se são normas derivadas do padrão cultural de direitos humanos de outros países europeus ou dos Estados Unidos, com restrições inerentes à implementação interpretativa nos Estados<sup>39</sup>.

No plano internacional, a construção doutrinária e jurisprudencial estabelece um patamar diferenciado de alocação para o *jus cogens*, considerando-o como norma substantiva no plano internacional<sup>40</sup>, em especial no que tange ao processo de humanização do direito internacional<sup>41</sup>.

O *jus cogens* avança, sobremedida, muito além dos tratados, estendendo-se a todo o direito internacional contemporâneo. Ao abarcar o direito internacional, o *jus cogens* projeta-se no direito interno, tornando inválido qualquer ato incompatível com ele<sup>42</sup>. Conferindo-lhe uma natureza de norma de direitos humanos, esta aceitação geral colocaria o *jus cogens* como o topo da hierarquia normativa do direito internacional, o que implica em um problema de sofisticação teórica. Por essa razão, a aproximação da definição e da implementação de *jus cogens* é realizada no plano jurisprudencial<sup>43</sup>.

Neste contexto, a emergência das normas imperativas e peremptórias do direito internacional é amplamente reconhecida e difundida no âmbito dos julgamentos da Corte IDH, a qual se apresenta como o tribunal internacional que mais contribuiu para a evolução conceitual do *jus cogens*, no âmbito do exercício de suas funções de proteção à pessoa humana, procedendo com a ampliação do conteúdo material do *jus cogens*<sup>44</sup>.

---

tures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006. p. 598.

36 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 320-321.

37 TURGIS, Sandrine. *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Pedone, 2012. Disponível em: <[http://www.pedone.info/iidh/Turgis/Introduction\\_Turgis.pdf](http://www.pedone.info/iidh/Turgis/Introduction_Turgis.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2013. p. 58.

38 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004. p. 14-18 e DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006. p. 39-128. Esta metodologia também é verificada em SANDS, Philippe. *Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, v. 1, p. 85-106, 1998.

39 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

40 WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

41 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 75.

42 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 75.

43 WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. e ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011. Disponível em: Academia.edu. Acesso em: 09 jan. 2014. p. 13.

44 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana*

A primeira etapa da evolução jurisprudencial do *jus cogens* no âmbito do sistema interamericano consistiu na proibição absoluta da tortura, em toda e qualquer circunstância<sup>45</sup>, inclusive no que tange à derivação para o tratamento cruel, desumano e degradante<sup>46</sup>.

Na perspectiva da Corte, a tortura está proibida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, de maneira absoluta e inderrogável, inclusive em situações emergenciais, como guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo, bem como outros delitos, provenientes de um contexto de estado de exceção ou de emergência constitucional, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna, além de outros tipos de emergência ou calamidades públicas<sup>47</sup>.

Nesse sentido, a Corte Interamericana consolidou este posicionamento no caso *Tibi vs. Equador*, ao contextualizar o *jus cogens* na perspectiva de um regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física como psicológica<sup>48</sup>. Este posicionamento encontra sua fundamentação na Convenção das Nações Unidas de 1984 e seu Protocolo, de 2002, na Convenção Interamericana (1985) e Européia (1987), que compõem o regime internacional de proteção contra a tortura e funcionam como parâmetro para a construção do bloco de normatividade<sup>49</sup>. Além disso, foi inspirado na construção jurisprudencial adotada pela Corte Européia<sup>50</sup>, que desde o julgamento do caso *Soering vs. Reino Unido* considera a proibição da tortura como expressão de um dos valores fundamentais das sociedades democráticas na contemporaneidade<sup>51, 52</sup>.

No plano interamericano, a Corte Interamericana ampliou o conteúdo material do *jus cogens*, de modo a contemplar o princípio da igualdade e da não-discriminação, quando da abordagem do tema pela Opinião Consultiva n. 18, emitida em 17/09/2003, sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Sem Documentos<sup>53</sup>. Na opinião da Corte, os Estados Partes tem o dever de respeitar e assegurar o conteúdo essencial dos direitos humanos à luz do princípio da igualdade e da não-discriminação, e que qualquer tratamento de cunho discriminatório, no que tange ao exercício de tais direitos (inclusive os direitos sociais, de caráter trabalhista), incorrerá na responsabilidade dos Estados, porquanto referido princípio fundamental ingressou no espectro material de incidência do *jus cogens*. Dessa forma, os Estados não podem tolerar situações discriminatórias, sobretudo em detrimento dos imigrantes, devendo garantir a manifestação do devido processo

---

de Derechos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 75. Em uma perspectiva crítica, Marcelo Varela acredita que a experiência de proteção dos direitos humanos adotada regionalmente, no manejo interpretativo do *jus cogens*, poderia compor de forma mais eficiente e democrática o núcleo rígido universal, mas não são levadas em consideração pelos países dominantes. VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 321.

45 Em posicionamento contrário, no sentido da possibilidade do manejo da tortura, ver WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 76 e 154.

46 Neste sentido, é o posicionamento da Corte IDH, no caso *Cantoral Benavides vs. Peru*: “Ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas” (Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000, § 99).

47 Corte IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 08/07/2004. Série C n. 110, §§ 111-112.

48 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 07/09/2004, Série C n. 114, § 143.

49 Sobre a construção do bloco de normas, denominado de bloco de constitucionalidade ou bloco de normatividade, confira-se a opinião de GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011, p. 178-181.

50 WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 153-156.

51 Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido (n. 14038/88)*. Sentença de 07/07/1989, § 88.

52 Esta construção é reforçada pelo julgamento do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia, que no caso *A. Furundžija*, Sentença de 10/12/1998, §§ 137-139, 144 e 160, considerou a proibição absoluta da tortura como uma norma de caráter imperativo de *jus cogens*.

53 Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, de 17/09/2003. Condição Jurídica dos Imigrantes Sem Documentos, solicitada pelos Estados Unidos do México, §§ 97-101 e 110-111.

legal a qualquer pessoa, independentemente de sua qualidade de imigrante, e, além do mais, devem adaptar suas políticas públicas, em especial as migratórias, em consonância com a irradiação do conteúdo material da igualdade e da não-discriminação<sup>54</sup>.

O caráter aberto e principiológico conferido ao *jus cogens* – pela abordagem realizada nos precedentes emanados pela Corte Interamericana – transforma o instituto em uma categoria não fechada, sobre a qual são depositadas cargas axiológicas de normatividade, a ponto de expandir seu espectro de atuação pelas disposições normativas de proteção dos direitos humanos, presentes na Convenção Americana.

Uma primeira derivação desta constatação consiste na possibilidade de distinção do *jus cogens* pelo conteúdo essencial<sup>55</sup>, em especial em demandas que colocam o conjunto de normas imperativas do direito internacional equiparado à norma com *status* supraconstitucional<sup>56</sup>.

Um segundo aspecto trabalhado diz respeito à extensão do *jus cogens* a outros dispositivos consagrados pela Convenção Americana. A Corte estendeu a efetividade da norma imperativa de direito internacional para o âmbito de atuação dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, a fim de caracterizar com imperatividade o acesso à justiça, entendido como plena concretização da mesma, levando o conteúdo essencial de referidos dispositivos, interpretados conjuntamente, como forma de garantir a intangibilidade de todas as garantias judiciais<sup>57</sup>.

A consolidação desta roupagem de imperatividade do acesso à justiça ocorreu no caso *La Cantuta vs. Peru*. Conforme foi reiteradamente assinalado no âmbito do caso, os fatos narrados implicaram na ofensa às normas inderrogáveis do direito internacional. E, de acordo com o conteúdo normativo previsto no artigo 1º, item 1, da Convenção Americana, os Estados Partes estão obrigados a investigar as ofensas a direitos humanos, bem como a julgar e punir os responsáveis. Diante da natureza e da gravidade que a narrativa dos fatos impõe, e tratando-se de um contexto de violação sistemática dos direitos humanos, a necessidade de erradicar a impunidade revela-se à comunidade internacional como um dever de cooperação interestatal para com estes efeitos. Logo, para a Corte Interamericana, o acesso à justiça constitui uma norma imperativa do direito internacional, e como tal perspectiva, produz efeitos que são necessários para não permitir o crescimento da impunidade destas violações, mediante o exercício da jurisdição obrigatória da Corte, com o escopo de aplicar adequadamente o direito interno e o direito internacional, a fim de julgar e punir os responsáveis pelos fatos, ou procurando colaborar com outros Estados Partes que desejam fazê-lo<sup>58</sup>.

Ao estender a qualidade de *jus cogens* para os artigos 8º e 25 da Convenção Americana, a Corte Interamericana permitiu que sua jurisdição obrigatória adentrasse ao âmbito de proteção do processo constitucional dos Estados Nacionais, a fim de que, mediante os dispositivos do artigo 1º, item 1, e 2º, do texto convencional, operacionalizasse a construção de um ambiente propício para colocar em prática a compensação constitucional oriunda do *jus cogens*, em virtude do *déficit* de proteção dos direitos humanos, utilizando-se da interpretação evolutiva, conferida pela própria Corte, ao artigo 25 da Convenção Americana.

54 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 78. Esta construção leva à ingerência, no plano da margem nacional de apreciação, e a necessidade de efetuar uma medida compensatória no plano constitucional. Nesse sentido, ver, por todos, a opinião de PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006.

55 PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The function and potential of fundamental international norms and structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006, p. 599 e WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 98-103.

56 Esta perspectiva foi abordada pela Corte IDH no caso *Gomes Lund vs. Brasil*.

57 Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentença de 31/01/2006, Série C n. 140, § 64.

58 Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, § 160.



## 6. CONCLUSÃO

A pesquisa revelou a importância que o comportamento ativo da Corte Interamericana – sobretudo em um momento de crise institucional – foi importante para construir a tese de sua qualificação como jurisdição obrigatória.

A transição para o perfil de jurisdição obrigatória demonstra um salto evolutivo e revela a importância da Corte Interamericana como um ator responsável pela concretização dos direitos humanos no âmbito da América Latina.

E, com esteio nesta perspectiva, é necessário vislumbrar a implementação deste modelo de jurisdição internacional obrigatória permanente, em matéria de direitos humanos, mediante o exame e a análise da jurisprudência desenvolvida pela Corte e seu respectivo adensamento de juridicidade quanto aos dispositivos da Convenção Americana.

## REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011. Disponível em: Academia.edu. Acesso em: 09 jan. 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium*. general course on public international law from Hague Academy of International Law, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, v. 316, 2005-2006.

CIJ. *Opinião Consultiva relativa a Reservas à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio (1951)*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

Corte EDH. *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido (n. 35763/97)*. Sentença de 21/11/2001.

Corte EDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido (n. 5310/71)*. Sentença de 18/01/1978.

Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia (n. 15318/89)*. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995.

Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido (n. 14038/88)*. Sentença de 07/07/1989.

Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000.

Corte IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 08/07/2004. Série C n. 110.

Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54.

Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, § 160.

Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentença de 31/01/2006, Série C n. 140, § 64.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 07/09/2004, Série C n. 114.

Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55.

Corte IDH. Opinião Consultiva n. 02, de 24/09/1982. O Efeito das Reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 74 e 75) solicitada pela Comissão IDH, § 29.

Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, de 17/09/2003. Condição Jurídica dos Imigrantes Sem Documentos, solicitada pelos Estados Unidos do México.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004.

FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Emergenz der Globalverfassung. Max-Planck-Institut, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, n. 63, p. 717-760, 2003. Disponível em: <[http://www.zaoerv.de/63\\_2003/63\\_2003\\_3\\_a\\_717\\_760.pdf](http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2013.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio. *Relatório para a Assembléia Geral da OEA*. Panamá 05 jun. 2007.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006.

PETERS, Anne. International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties. *European Journal of International Law (EJIL)*, v. 14, n. 1, p. 1-34, 2003.

SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, v. 1, p. 85-106, 1998.

TURGIS, Sandrine. *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Pedone, 2012. Disponível em: <[http://www.pedone.info/iidh/Turgis/Introduction\\_Turgis.pdf](http://www.pedone.info/iidh/Turgis/Introduction_Turgis.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2013.

UNITED NATION. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in international law: the place of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O ativismo judicial da Corte  
Europeia de Justiça para além  
da integração europeia**

**The judicial activism of the  
European Court of Justice and  
European integration**

Giovana Maria Frisso

# O ativismo judicial da Corte Europeia de Justiça para além da integração europeia\*

## The judicial activism of the European Court of Justice and European integration

Giovana Maria Frisso\*\*

### RESUMO

A possibilidade concreta de uma constituição europeia provocou rico debate acerca das condições necessárias a uma democracia constitucional supranacional. Este artigo retoma esse debate para analisar a possibilidade de a Corte Europeia de Justiça, como instituição jurisdicional da União Europeia, ter contribuído para o processo de formação política europeia, supranacional. Para contextualizar o tema, será brevemente apresentado o processo histórico de elaboração do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa. Em seguida, o debate acerca das condições necessárias a uma constituição europeia será introduzido a partir da contraposição entre os argumentos desenvolvidos por Grimm e Habermas. A partir da perspectiva de democracia deliberativa, considerar-se-á o papel que o poder judiciário pode desempenhar no estabelecimento de procedimentos e condições comunicativas capazes de legitimar um determinado sistema político. Será, então, discutida a possibilidade de a CEJ atuar como instituição capaz de produzir, criar, construir condições para a participação política do cidadão europeu.

**Palavras-chave:** União Europeia. Constituição. Constitucionalismo. Corte Europeia de Justiça.

### ABSTRACT

The very possibility of a European constitution provoked a rich debate about the need of a supranational constitutional democracy conditions. This article revisits this debate to examine the possible contribution of the European Court of Justice, as a jurisdictional institution of the European Union, to the process of European supranational political development. To contextualize this topic, the historical drafting process of the Treaty establishing a Constitution for Europe will be briefly presented. Then the discussion of the necessary conditions for a European constitution will be introduced through the analysis of the arguments developed by Grimm and Habermas. From a deliberative democracy perspective, the role that the judiciary can play in establishing procedures and communicative conditions able to legitimize a certain political system will be considered. Having this background in mind, the possible contribution of the European Court of Justice to the production and creation of political conditions for European citizens political participation will be examined.

\* Recebido em 30/10/2014  
Aprovado em 14/01/2015

\*\* Professora-adjunta no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense. Doutora em direito pela Universidade de Brasília e pela Universidade de Nottingham; Mestre em Direito pela Universidade de Uppsala; Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: giovanna\_frisso@hotmail.com

**Keywords:** European Union. Constitution. Constitutionalism. European Court of Justice.

## 1. INTRODUÇÃO

Remetendo-nos a diversos contos sobre a origem, a fundação da Europa, Bauman identifica uma mensagem comum:

a Europa não é algo que se descubra, mas uma missão — algo a ser produzido, criado e construído. E é preciso muita engenhosidade, sentido de propósito e trabalho duro para realizar essa missão.<sup>1</sup>

Este artigo se volta para o papel da Corte Europeia de Justiça (CEJ) nesse processo de produção, criação e construção da Europa.

Apresentado como uma forma de reestruturar e simplificar os tratados que definiam, de forma dispersa, as competências e objetivos da União Europeia (UE), o Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa foi rejeitado, via referendo popular, na França e na Holanda. O interesse no tema, todavia, persiste. Isso porque a possibilidade concreta de uma constituição europeia provocou um rico debate acerca das condições necessárias a uma democracia constitucional supranacional. Nesse contexto, pretende-se analisar a possibilidade de a CEJ, como instituição jurisdicional da UE, contribuir para o processo de formação política europeia, supranacional.<sup>2</sup>

Para contextualizar o tema, será brevemente apresentado o processo histórico de elaboração do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa. Em seguida, o debate acerca das condições necessárias a uma constituição europeia será introduzido a partir da contraposição entre os argumentos desenvolvidos por Grimm e Habermas. A partir da perspectiva de democracia deliberativa, considerar-se-á o papel que o poder judiciário pode desempenhar no estabelecimento de procedimentos e condições comunicativas capazes de legitimar um determinado sistema político. Será, então, discutida a possibilidade de a CEJ atuar como instituição capaz de produzir, criar, construir condições para a participação política do cidadão europeu.

## 2. O PROJETO DE CONSTITUIÇÃO PARA A EUROPA

O debate sobre o futuro da Europa teve início em 12 de maio de 2000, no famoso discurso proferido pelo Ministro das Relações Exteriores da Alemanha, Joschka Fischer, na Universidade de Humboldt, em Berlim. Seu discurso recebeu grande atenção e, na Conferência Europeia realizada em dezembro daquele ano, em Nice, a necessidade de um debate mais amplo e profundo sobre o futuro da Europa foi reconhecida.<sup>3</sup> O tema foi formalmente pautado em março de 2007.<sup>4</sup>

1 Bauman, Zigmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 8.

2 Como a CEJ é o órgão judicial diretamente relacionado à UE, se artigo se voltará para a análise de seu papel. Acredito, todavia, que como os países membros da UE são membros do Conselho da Europa e, portanto, também estão sob a jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a CEDH também possa ter contribuído para o processo de integração europeia. De se ressaltar, todavia, que a competência *rationae personae* das duas cortes é diferente, bem como a competência *rationae materiae*, sendo que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não possui efeito vinculante.

3 THE EUROPEAN CONVENTION. Declaração 23 do Ato Final do Tratado de Nice. Alguns autores consideram o Tratado de Maastricht como o precursor de uma constituição para a Europa. Dentre as disposições mais importantes do Tratado, estão aquelas que estabelecem cidadania única europeia, a que concede maior poder ao Parlamento Europeu, atribuindo-lhe poder de veto, e a que determina valores e metas comuns para o desenvolvimento dos países membros, com o objetivo de possibilitar uma futura união econômica.

4 THE EUROPEAN CONVENTION. Declaração iniciando o debate sobre o desenvolvimento futuro da União Europeia. 7 mar. 2001. Disponível em: <[http://www.europa.eu.int/futurum/documents/speech/sp070301\\_3\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/futurum/documents/speech/sp070301_3_en.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

O Parlamento Europeu, em sua resolução sobre o Tratado de Nice e o futuro da UE, recomendou.

a criação de uma Convenção (que começará os trabalhos no início de 2002), com um mandato e uma configuração similar àqueles da Convenção que elaborou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, formada por membros dos parlamentos nacionais, do Parlamento Europeu, da Comissão e dos governos, cuja finalidade será submeter à Conferência Intergovernamental (CIG) um projeto constitucional surgido a partir de um amplo debate público com o objetivo de servir de base para o trabalho da CIG.

O debate alcançou uma nova fase com a Declaração de Laeken. Na Declaração de Laeken, os termos constituição e constitucional foram utilizados pela primeira vez pelo Conselho da Europa. Sob o título *Towards a Constitution for European Citizens*, a Declaração indaga:

The question ultimately arises as to whether this simplification and reorganization might not lead in the long run to the adoption of a constitutional text in the Union. What might the basic features of such a constitution be? The values which the Union cherishes, the fundamental rights and obligations of its citizens, the relationship between Member States in the Union?

Em outubro de 2002, a Convenção<sup>5</sup> apresentou projeto preliminar de tratado constitucional,<sup>6</sup> base para o projeto apresentado para o Conselho Europeu como resultado final de seu trabalho em julho de 2003.<sup>7</sup> Este projeto foi submetido à análise da Conferência Intergovernamental, que o aprovou em 29 de outubro de 2004, em Roma. Nesta oportunidade, a vigência do tratado foi condicionada à sua aprovação em cada Estado membro, por meio de referendo popular ou via parlamento por cada uma dos países integrantes da União Europeia. A data prevista para que a Constituição entrasse em vigor era 1º de novembro de 2006, data em que todos os países deveriam tê-la ratificado. Ocorreu, no entanto, que a Constituição foi rejeitada por meio de referendo popular na França, no dia 28 de maio, e na Holanda, no dia 1º de junho de 2005, interrompendo o processo constituinte em curso.

### 3. AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS A UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EUROPEIA

A discussão acerca dos limites e das possibilidades da UE, apesar de acirrada com o desenvolvimento de uma perspectiva constitucional, remonta ao Tratado de Maastricht. Em sua famosa e controversa decisão sobre o Tratado de Maastricht, a Corte Constitucional Alemã considerou que o Tratado estabelece uma federação de Estados com o propósito de realizar uma maior união dos povos da Europa (organizados enquanto Estados) e não um estado baseado no povo de uma nação europeia (Artigo A do Tratado). Essencial para a discussão que se desenvolverá é o seguinte trecho do julgamento:

5 Como Dippel alerta, “Convenção’ é um termo ambíguo, um termo polissêmico, e não apenas para os juristas. Quando utilizado no sentido de assembleia, pode significar qualquer tipo de reunião. Ao mesmo tempo, convenção é um instrumento específico no âmbito do direito constitucional [...]” Para o autor, “os [...] possíveis precedentes jurídicos (da Convenção Europeia) foram substituídos por uma decisão política motivada pela tentativa de usurpar uma instituição do direito constitucional e modificá-la a ponto de torná-la irreconhecível. Essa deformação afetou todos os três aspectos de uma convenção: organização, mandato e apresentação dos resultados”. In: DIPPEL, H. *As convenções no direito comparado*. Texto disponibilizado para a condução do curso ministrado pelo professor na Universidade de Brasília (1/2006).

6 THE EUROPEAN CONVENTION. CON 369/02. Disponível em: <<http://european-convention.europa.eu/docs/session/00369.en2.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

7 THE EUROPEAN CONVENTION. CONV 850/03. Disponível em: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/cv00850.en03.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/cv00850.en03.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2014. O termo “tratado constitucional” foi sugerido pelo presidente Giscard d’Estaing para denominar o documento final a ser apresentado pela Convenção. Em seus termos, “in order to avoid any disagreement over semantics, let us agree now to call it: a constitutional treaty for Europe”. ESTAINING, Giscard. *Introductory speech by president v. Giscard d’Estaing to the convention on the future of Europe*. 26 feb. 2002. Disponível em: <<http://european-convention.eu.int/docs/speeches/1.PDF>>. Acesso em: 30 nov. 2014. O texto final foi, todavia, denominado “Draft Treaty establishing a Constitution for Europe”. Apesar de em seus dispositivos, o documento se auto-denominar Constituição, ele mantém a natureza de tratado.

Each of the peoples of the individual States is the starting point for a state power relating to that people. The States need sufficiently important spheres of activity of their own in which people of each can develop and articulate itself in a process of political will-information which it legitimates and controls, in order thus to give legal expression to what binds the people together (to a greater or lesser degree of homogeneity) spiritually, socially and politically.<sup>8</sup>

Apresentando sua opinião sobre democracia, a Corte a declarou:

Democracy, if it is not to remain a merely formal principle of accountability, is dependent on the existence of certain pre-legal conditions, such as a continuous free debate between opposing social forces, interests, and ideas [...] out of which comes a public opinion which forms the beginning of political intentions.<sup>9</sup>

Pelo menos em um futuro próximo, de acordo com a Corte Constitucional Alemão, essas condições não estariam presentes no contexto da UE. Por isso, esferas significantes de atividade devem estar sob a competência dos Estados, de forma que o povo de cada Estado possa desenvolver e articular um processo de vontade política que legitima e controla. A base democrática para a legitimação do Estado exige certa homogeneidade, espiritual, social e política, do povo que o compõe. Entendendo que o Tratado de Maastricht não se apresentava como uma Constituição, capaz de ameaçar a cidadania alemã, a Alemanha o ratificou.

Retomando a distinção entre tratado e Constituição,<sup>10</sup> Grimm identifica duas perspectivas sobre uma constituição europeia. De um lado, a doutrina de direito internacional e a CEJ afirmam que os tratados sobre os quais se apoia a existência da União Europeia formam a sua constituição e que, portanto, ela já existiria; de outro, afirma-se que os tratados são insuficientes para gerar legitimidade democrática, o que impõe a criação de uma constituição para a Europa. Apesar das divergências teóricas, ambas as perspectivas concordam com o fato de que a UE, embora não se configure como um Estado, necessita de uma constituição.<sup>11</sup>

Para Grimm, a constituição é um ordenamento jurídico fundamental, que contém disposições sobre instituições e exercício do poder estatal. Sua principal função consiste em estabelecer o princípio de legitimação do poder político e as condições fundamentais para o seu exercício. Embora seja a constituição propriamente um conjunto de normas, ela não se exaure na validade jurídica; na realidade, ela constitui importante fator de integração social, pois estabelece o consenso fundamental e obriga à resolução pacífica dos conflitos, contribuindo inclusive para a aceitação de resultados diversos dos esperados pelos sujeitos envolvidos. Por isso, a constituição pode ser considerada como o instrumento que direciona o processo político, que garante estabilidade na mudança e que libera a política da necessidade de discutir sempre seus fins e procedimentos de integração.<sup>12</sup>

A principal característica de uma constituição é, de acordo com Grimm, o fato de ela basear-se necessariamente em um ato do povo, que confere a si próprio a capacidade de agir politicamente. A ideia de um povo que se autogoverna é inerente ao conceito de constituição. Ao direito comunitário falta tal fonte de legitimação, pois esse direito refere-se aos Estados-membros e não ao povo europeu, dependendo, portanto, de cada um dos Estados para que entre vigor. A dificuldade em se conceber uma constituição para a Europa

8 FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY. *Brunner v. The European Union Treaty*, [1994] 1 Common Market Law Reports, 57. para. 44.

9 FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY. *Brunner v. The European Union Treaty*, [1994] 1 Common Market Law Reports, 57. para 41.

10 De acordo com ele, a visão tradicional segundo a qual a Constituição seria o fundamento jurídico do Estado, e o tratado, o fundamento jurídico das Comunidades Internacionais, tem sido questionada a partir do debate sobre uma Constituição para a Europa. GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 340.

11 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 340.

12 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 348.

reside exatamente no aspecto de que o poder público europeu não deriva de um povo, mas da mediação dos Estados.<sup>13</sup>

Essa mediação não se dá na UE. Coesão social, ele argumenta, depende de estruturas, como mídia, partidos, associações, movimentos civis, que são essenciais a um discurso social. A presença de estruturas mediadoras, que relacionariam a opinião pública ao processo decisório parlamentar, é essencial para se amenizar a visão técnico-econômica que, segundo o autor, predomina na política europeia. É um pré-requisito para uma sociedade democrática. Mesmo diante de um fortalecimento do Parlamento, a representação popular europeia continuaria prejudicada, ante a ausência de um povo europeu.<sup>14</sup>

Grimm argumenta que a Europa não tem o *demos* que seria necessário para a real democratização da União Europeia. Partindo cuidadosamente da visão de um povo preexistente que a Corte Constitucional Alemã utilizou em seu julgamento, o autor entende ser necessária uma identidade coletiva para se pensar a democracia constitucional europeia. Essa identidade, todavia,

não necessita radicar-se em uma etnia, pode, antes, apoiar-se sobre outro fundamento; é necessário somente que a sociedade tenha formado um sentimento de pertença suficientemente idôneo para sustentar a decisão da maioria e as prestações de solidariedade.<sup>15</sup>

O autor não rejeita a possibilidade de criação de uma identidade europeia, mas a projeta em um futuro distante, pois esta criação requer a manipulação de substratos culturais que não se fazem presentes nas circunstâncias atuais. Para ele, a EU, naquele momento, não possuía estruturas mediadoras como mídia, verdadeiros partidos políticos e associações de interesse nos termos em que estas se encontram estabelecidas nos Estados. Havia um déficit democrático no processo de decisão dos órgãos da comunidade, pois a transferência da esfera de competência dos Estados-membros para as instituições europeias não teria sido seguida do estabelecimento de procedimentos democráticos. Um Parlamento Europeu com poucas competências era indicativo importante de que faltava à UE legitimidade democrática.

A tradição pós-nacionalista,<sup>16</sup> que tem como ponto de referência os estudos de Habermas e seu conceito de democracia deliberativa, não contesta este diagnóstico, mas as conclusões dele derivadas. Habermas, em resposta a Grimm, rejeita a visão de que a democracia e, conseqüentemente, a legitimidade da política sejam inteiramente dependentes da existência de uma identidade coletiva, que se faz presente apenas em contextos nacionais. A formação de identidade além do estado nação é, para Habermas, além de necessária, um pré-requisito para a obtenção de um alto nível de legitimidade para o processo de integração europeu. Nesse processo, as instituições europeias podem exercer um importante papel na criação de um contexto comunicacional que supere as opiniões públicas de caráter meramente nacional.

13 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 349.

14 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 363.

15 GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997. p. 364.

16 No debate que se estabeleceu acerca de um projeto de Constituição para a Europa, podem ser destacados quatro posicionamentos: os euro-federalistas, os eurocéticos, os partidários de um mercado europeu e os partidários de uma posição cosmopolita (*global governance*). A corrente dos euro-federalistas, na qual Habermas se enquadra, defende que os tratados da UE sejam transformados em uma Constituição a fim de que uma união política mais densa em âmbito europeu possa conter os impulsos do mercado e da globalização, que já não são mais satisfatoriamente controlados dentro das fronteiras nacionais. Os eurocéticos posicionam-se contra uma Constituição europeia, por entenderem não ser possível a existência de uma política de âmbito europeu, tendo em vista que essa dependeria de uma comunidade com grande coesão étnica, cultural e histórica. Os partidários de um mercado europeu posicionam-se a favor da moeda única e se dão por satisfeitos com a união econômica e monetária, dispensando, assim, o aumento do poder político da UE. Para eles, uma Constituição europeia seria necessária somente na medida em que protegeria uma economia de livre-mercado, uma vez que as transações econômicas livres, protegidas por meio de regras da livre competição, constituiriam a verdadeira fonte de legitimação constitucional. Por fim, há os que defendem um Estado confederado da Europa, que seria o início para a construção de uma “futura política interna mundial”, fundada em contratos internacionais.



Para Habermas, identidades coletivas não são um elemento histórico-cultural a priori que oferece o substrato para a formação da vontade democrática, mas

the flowing contents of a circulatory process that is generated through the legal institutionalization of citizen's communications. This is precisely how national identities were formed in modern Europe.<sup>17</sup>

Habermas acredita que as instituições europeias podem, portanto, induzir formação uma identidade supranacional.

Não deixa de ser interessante observar já em 2002, ano em que se travou esta discussão, a existência de um elo supranacional fraco na UE. De acordo com o Eurobarometer,<sup>18</sup> a maioria dos cidadãos de fato se sentiam europeus naquele período.<sup>19</sup> Há elementos de um passado e de uma cultura comuns, além da contínua experiência de desenvolvimento comum. Nesse sentido, analisando a frase “*an ever closer union among the peoples of Europe*” no preâmbulo do Tratado de Roma, Brand explica que

[...] that unity is the telos of integration. However, this sentence also shows that, when the Treaty of Rome was signed, there already was a union, a community of peoples that aspires to grow closer through integration. This community was not initiated by the Rome Treaty. Rather, the Treaty builds on and repeats this normative closure, which at the same time is transformed and created by the Treaty.<sup>20</sup>

Pautado na frase “reinforcing the European identity”, o autor continua:

Important is that the word reinforcing is used, indicating the repetition of a normative closure. In a minimal sense, a European identity, a European people is seen both as the starting point and as the terminus of the European integration process. The European identity is the presupposition of the process of integration, which builds on, gives more concrete content to and reinforces that identity. This shared identity, this single European demos, by no means precludes the existence of a plurality of diverse European peoples on which it is based: there is unity in diversity.<sup>21</sup>

Segundo Habermas, a divergência entre ele e Grimm diz respeito às exigências funcionais para a formação democrática da vontade, mais especificamente, à necessária relação entre o povo e os processos democráticos de formação da vontade. Habermas critica a idéia de que uma constituição europeia só poderia ser concebida quando da existência de um povo europeu. Para ele,

o que une uma nação constituída de cidadãos — diferentemente da nação constituída por um mesmo povo — não é um substrato preexistente, mas sim um contexto intersubjetivamente partilhado de entendimentos possíveis.<sup>22</sup>

O referido argumento baseia-se no fato de que as sociedades atuais são pluralistas, do ponto de vista cultural, e que não é possível obter-se uma integração social por meio de uma concepção que privilegie substratos pré-políticos dados em detrimento de âmbitos da formação política da vontade. De tal modo, Habermas defende ser possível uma Europa democrática e uma constituição supranacional desde que seja criado um contexto comunicacional que supere as opiniões públicas de caráter meramente nacional.

17 HABERMAS, J. Remarks on Dieter Grimm's does Europe need a constitution? *European Journal of International Law*, v. 3, n. 1, p. 303-307, 1995.

18 EUROPEAN COMMISSION. *Eurobarometer: public opinion in the European Union*. (2002b), report n. 57, Bruxelas 2002b. p. 59-62.

19 BAUMAN afirma ter sido esse elo identificado por Habermas e Derrida em relação ao dia 4 de julho de 2003, quando: « milhões de europeus saíram às ruas de Roma, Madri, Paris, Berlim, Londres e outras capitais europeias para manifestar sua condenação unânime à invasão do Iraque, prestes a ser lançada - e mostrar, indiretamente, a sua memória histórica comum dos sofrimentos do passado, assim como a sua repugnância, também comum, à violência e às atrocidades cometidas em nome de rivalidades nacionais.» Bauman, Zigmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 141.

20 BRAND, Michiel. Affirming and refining european constitutionalism: towards the establishment of the first constitution for the European Union. *EUI Working Paper, Law*, n. 2004/2, p. 11.

21 BRAND, Michiel. Affirming and refining european constitutionalism: towards the establishment of the first constitution for the European Union. *EUI Working Paper, Law*, n. 2004/2, p. 11.

22 HABERMAS, J. Será que a Europa necessita de uma constituição? In: HABERMAS, J. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 181.

Grimm afirma que o fortalecimento dos órgãos comunitários não constitui uma solução para o *déficit* de democracia presente na estrutura da União, pois a ausência de controle democrático dos cidadãos poderá gerar a autonomização de órgãos burocráticos, aumentando ainda mais tal déficit. Habermas, por sua vez, entende que, apesar do risco real de os órgãos comunitários se autonomizarem, não há alternativa viável para se imprimir mais legitimidade democrática à estrutura política da UE, se não o fortalecimento e democratização de seus órgãos. A manutenção da UE como uma entidade de direito internacional público não é capaz de congelar o atual *déficit* democrático, tal *déficit* tem aumentado constantemente independentemente de qualquer inovação constitucional.<sup>23</sup>

#### 4. O PAPEL DO JUDICIÁRIO EM UM MODELO DELIBERATIVO DE DEMOCRACIA

Habermas define o princípio da democracia como aquele que nos permite compreender como válidas apenas aquelas normas-ações com as quais todas as pessoas possivelmente afetadas possam concordar como participantes de um discurso racional, pautado em razões pragmáticas, ético-políticas e morais.<sup>24</sup> Esses discursos, para serem racionais, não devem excluir ninguém, não devem ser limitados por pressões externas ou dominados por participantes que detenham o poder social e devem ser abertos a todos os questionamentos. A democracia não se define mais como aquele regime em que está vigente e expressa a soberania popular, mas como constitucionalismo, como um quadro normativo de referência para as deliberações coletivas. A legitimidade da lei reside na chance de igual participação de todos em sua formação.

Há, todavia, pré-requisitos para a formação desta autonomia pública, isto é, o direito de participar na formulação de decisões que obriguem à sociedade como um todo. A autonomia pública é exercida pela linguagem do direito que, por sua vez, requer que os indivíduos (sujeitos de direitos) tenham decidido se associar. Essa associação não pode ser pensada sem se pressupor que os cidadãos tenham garantido uns aos outros certa esfera de liberdade pessoal, autonomia privada:

One must not forget what when citizens occupy the role of co-legislators they are no longer free to choose the medium in which alone they can realize their autonomy. They participate in legislation only as legal subjects, it is no longer in their power to decide which language they will make use of ... the legal code as such must be available. But in order to establish this legal code it is necessary to create the status of legal persons who as bears of individual rights belong to a voluntary association of citizens and when necessary effectively claim their rights. There is no law without the private autonomy of legal persons in general.<sup>25</sup>

De acordo com Habermas, várias categorias de direitos individuais que definem o *status* de sujeito de direitos podem ser identificadas em abstrato. Esses princípios abstratos atribuem a cada um iguais direitos individuais e, portanto, constituem um código legal. Esses direitos individuais que protegem a autonomia privada de cada indivíduo devem ser complementados por direitos políticos básicos de participação na legislação.

For as legal subjects, they (the citizens) achieve autonomy only by both understanding themselves as, and acting as, authors of the rights they submit to as addressees.<sup>26</sup>

Para garantir o autogoverno, a administração (poder executivo) deve estar ligada ao poder comunicativo que gera a lei. Esse requisito implica exigente conceito de democracia, que tem em seu centro o conceito

23 HABERMAS, J. Será que a Europa necessita de uma constituição? In: HABERMAS, J. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 179.

24 HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 107 - 110.

25 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 206.

26 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 126.

normativo de esfera pública. Nessa esfera pública uma presumível vontade coletiva está constantemente sendo formada. Observa-se que, para Habermas, o processo de formação da vontade coletiva não deve ser limitado ao parlamento.

Rather, the communication circulating in the various arenas of the political public sphere, of political parties and organizations and o parliamentary bodies and Government leaders are intermeshed with, and reciprocally influence one another.<sup>27</sup>

Habermas entende que a autocompreensão ético-política do cidadão de uma coletividade democrática decorre de um fluxo em um processo circular que só se põe em movimento por meio da institucionalização jurídica de uma comunicação entre cidadãos. Em um sistema que confere importância central ao direito, as cortes possuem um papel essencial em sua legitimação. Até porque, em contexto em que se assiste à colonização da esfera pública (mundo da vida) pelas mais variadas normas, a discussão legislativa pautada em princípios e o debate político ponderado tornam-se exíguos. Uma maior relevância é atribuída, então, ao judiciário, que esclarece os valores base de um determinado sistema político, ao desenvolver, interpretar e adaptar códigos de direitos humanos como parte de uma herança comum daquele sistema. Além disso, as cortes simbolizam a comunidade política em um aspecto importante, sua encarnação como uma comunidade legal.

As cortes contribuem para a legitimidade política do sistema ao agirem como guardiãs dos direitos individuais dos cidadãos e liberdades, isto é, de sua autonomia privada. Resguardar os direitos individuais é a tarefa clássica atribuída ao judiciário. É ao proteger e promover os direitos humanos, as liberdades civis e a privacidade dos cidadãos, que as cortes podem contribuir de forma mais clara para a legitimidade de certo sistema político.

O judiciário também contribui para a realização da autonomia pública ou autogoverno. Em primeiro momento, ao se analisar a atuação do judiciário a partir da perspectiva do autogoverno, observa-se que, sobretudo, as cortes constitucionais podem restringir, mais do que incentivar, o princípio do autogoverno. Sempre que cortes com prerrogativa constitucional verificam a constitucionalidade da legislação existente, elas o fazem com a função de defender o princípio constitucional de que o legislador (o povo soberano) não é livre para agir como pretende. Todavia, essa restrição ao autogoverno pode ser compreendida como uma forma de salvaguardar a própria democracia constitucional.

O dilema das cortes constitucionais é o dilema do constitucionalismo em si: uma constituição tanto constitui como limita o poder. Um sistema político constitucional é por definição um sistema limitado. A constituição restringe ou modera o sistema democrático, esta restrição, moderação reside no fato de que certas regras — institucionais e processuais, como os direitos fundamentais — são retiradas da disposição do legislador. De qualquer forma, Habermas entende que o controle abstrato de constitucionalidade deve ser entendido como um poder delegado pelo parlamento: a corte só pode:

reopen the package of reasons that legitimated legislative decision so that it might mobilize them for a coherent ruling the individual case in agreement with existing principles of law; it may not, however, use these reason in an implicitly legislative manner that directly elaborates and develops the system of rights.<sup>28</sup>

A razão para isso é que a jurisdição constitucional não pode se pautar em valores substantivos — qualquer juízo substancial deve ser acordado na ampla esfera de discursos sociais e deve ser implementado pelo legislador, não pelo juiz. Uma função essencial para a jurisdição constitucional, todavia, permanece:

Only the procedural conditions for the democratic genesis of legal statutes secure the legitimacy of enacted law. If one starts with this democratic background understanding, one can also make sense of the powers of

27 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 185.

28 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p.262.

the constitutional court in a way that accords with the purpose of the separation of powers: the constitutional court should keep watch over just that system of rights that makes citizens' private and public autonomy equally possible. Hence the constitutional court must examine the contents of disputed norms primarily in connection with the communicative presuppositions and procedural conditions of the legislative process.<sup>29</sup>

Em um sistema de revisão judicial, as cortes constitucionais não só protegem os direitos de seus cidadãos e, portanto, sua autonomia privada, como também mantêm as condições necessárias para a realização de sua autonomia pública. Dada essa dupla responsabilidade, as cortes têm particular importância na legitimidade de sistemas políticos.

O judiciário serve também como um catalisador das demandas populares que, pela corte, entram no sistema político. Ele representa um daqueles canais a partir dos quais a comunicação social adentra o sistema político. A relevância do sistema jurídico enquanto canal de comunicação entre as demandas da esfera pública e o sistema político depende das alternativas oferecidas pelo próprio sistema.

A partir de Dworkin, Habermas percebe a função do discurso legal como consistindo

in discovering valid principles and policies in the light of which a given, concrete legal order can be justified in its essential elements such that the individual decisions fit into it as parts of a coherent whole.<sup>30</sup>

Regras processuais e a qualidade dos argumentos determinam a racionalidade discursiva da jurisprudência da corte e sua habilidade para efetivamente assegurar as fundações da democracia e servir como um canal de comunicação entre a esfera pública e o sistema político.

Assim, a influência das cortes no processo de legitimação do sistema político depende da qualidade da argumentação das cortes, das regras processuais aplicadas por ela. Além disso, é necessário considerar se o público toma conhecimento das decisões da corte e, se a corte é capaz de influenciar o debate público.

As decisões judiciais devem ser justificadas em acordo com as normas existentes e com os princípios orientadores da ordem constitucional e legal como um todo. A corte deve convencer a opinião pública de que suas decisões não são arbitrárias, mas racionalmente derivadas do direito. O processo deve, sempre que possível, ser aberto ao público. Os argumentos postos pelas partes devem ser públicos. Assim, a corte não apenas caracteriza seu procedimento nos moldes da racionalidade discursiva, como também reconhece a falibilidade de suas decisões e permite contínuo debate sobre a questão, provendo bases para a revisão do julgamento. A corte deve ser capaz de exercer influência no debate público. Da mesma forma, ela deve ser vista como um meio pelo qual as demandas dos membros da sociedade podem ser introduzidas no processo político e deve ser vista como meio de proteção e efetivo garantidor dos direitos individuais. O sistema legal deve ser suficientemente uniforme para garantir a produção de certeza legal. Além disso, o acesso à corte deve ser o mais amplo possível.<sup>31</sup>

## 5. A CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA

Bruno de Witte lembra que

the terms European Constitution and European constitutional law are often used, especially by the European legal community, to describe the current EU system. Many present and former member of the European Court of Justice (ECJ) have used this expression in their scholarly writing.<sup>32</sup>

29 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 264.

30 HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 212.

31 Este artigo não analisará esse aspecto. É sabido, todavia, que o acesso à CEJ é extremamente tortuoso, enquanto a CEDH, após a adoção do Protocolo 11, é mais acessível.

32 DE WITTE, B. The Nice Declaration: time for a constitutional treaty of the European Union? *The International Spectator*, v. 36, 2001.

A CEJ é considerada, por muitos, como uma das grandes propulsoras da constitucionalização da EU.<sup>33</sup> As doutrinas de efeito direto<sup>34</sup> e de supremacia<sup>35</sup>, que geralmente têm sido aceitas pelas cortes nacionais, são consideradas as grandes contribuições da CEJ.

Crucial é, ainda, a forma como a CEJ tem descrito o sistema comunitário. No caso *Van Gend en Loos*, a Corte se manifestou nos seguintes termos:

The community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals.<sup>36</sup>

A referência explícita ao direito internacional foi posteriormente afastada no caso *Costa v. ENEL*, no qual a CEJ entendeu que

By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.<sup>37</sup>

A partir de 1986, no caso *Les Verts*, a CEJ passou a entender que:

That the European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional farther, the Treaty<sup>38</sup>

Ao considerarmos que a tarefa clássica do judiciário é resguardar os direitos individuais, o papel da CEJ nessa área também aponta para a constitucionalização da UE. É com o Tratado de Maastricht que a UE introduz a temática de direitos humanos em seu contexto. Até 1997 não há qualquer menção aos princípios que propugnam a democracia. É o Tratado de Amsterdã que estabelece, em seu artigo 6, que a União se pauta nos princípios da liberdade, democracia, respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais e Estado de Direito, princípios comuns a todos os membros. No mesmo artigo, lê-se que a União respeitará os direitos fundamentais garantidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros como princípios gerais do direito comunitário.

Todavia, antes mesmo desta expressa menção aos direitos humanos, a CEJ compreendia que o processo de integração europeia e a ampliação da ação comunitária com incidência direta na esfera jurídica dos cidadãos dos Estados membros demandavam uma garantia jurídica de proteção dos direitos fundamentais frente à criação e aplicação das normas comunitárias.<sup>39</sup> Nesse contexto, a CEJ — a partir das sentenças no caso *Stauder* de 12 de novembro de 1969, *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de dezembro de 1970 e *Nold*

33 Dentre eles Stein considera que “[t]ucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe.” STEIN, E. *Lawyers, judges and the making of a transnational constitution. American Journal of International Law*, v. 75, 1981. p. 1.

34 Esta doutrina, que foi enunciada pela primeira vez em 1993 no Caso 26/62, *Van Gend en Loos* pode ser definida como “the obligation of a court or another authority to apply the relevant provision of Community law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review”, PRECHAL, S. *Directives in European Community Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 276.

35 Supremacia significa que a normativa comunitária não pode ser revogada pela legislação doméstica. Este princípio foi elaborado no Caso 6/64 *Costa v. ENEL* em 1964. Jackson observa que tornar normas internacionais diretamente aplicáveis e com *status* legal superior às demais normas domésticas significa que “the treaty norm has been constitutionalized, or given a sort of constitutional status almost equivalent to the nation’s own constitution”. JACKSON, J. H. *Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. American Journal of International Law*, v. 86, 1992., p. 330.

36 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 26/62, Van Gend en Loos*, 1963, ECR, 1. p. 12.

37 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 6/64, Costa v ENEL*, 1964, ECR, 585. p. 593.

38 CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 294/83, Les Verts*, 1986, ECR, 1339. para. 23.

39 O mandato da Corte Europeia de Justiça é estabelecido no artigo 220 EC, atribuindo-lhe a função de assegurar que na interpretação e na aplicação deste tratado o direito seja observado. Direitos humanos constituem um dos muitos elementos desse complexo sistema comunitário, fundado a partir de interesses econômicos. TOMUSCHAT, C. *Human rights: between idealism and realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 215.

de 14 de maio de 1974, tem desenvolvido uma importante jurisprudência em relação ao reconhecimento dos direitos fundamentais e de sua tutela efetiva no direito comunitário.

Se, em um primeiro momento, é possível questionar o papel integrador da CEJ tendo em mente seu ativismo judicial, é necessário considerar que as

Comunidades Europeas eran 'europeas' en la medida en la que estaban formadas por Estados de derecho que respetaban los derechos fundamentales del individuo.<sup>40</sup>

Dentre as múltiplas afirmações a esse respeito, interessa-nos a do informe Birkelbach do Parlamento Europeu de 1961:

Les États don't les gouvernements n'ont pas de légitimation démocratique et don't les peuples ne participent aux décisions du gouvernement ni directment ni par des représentants élus librement, ne peuvent prétendre être admis dans le cercle des peuples qui forment les Communautés européennes.<sup>41</sup>

Dessa forma, não há como se afastar a compreensão de que a UE pauta-se um projeto baseado na democracia e no respeito aos direitos humanos. Assim, apesar de as primeiras decisões da CEJ não se pautarem em dispositivos expressos nos tratados constitutivos da UE, elas foram desenvolvidas à luz dos princípios gerais de direito, Stauder de 12 de novembro de 1969. Para tanto, a CEJ pautou-se na tradição constitucional de seus Estados-membros, como no caso *Internationale Handelgesellschaft* de 17 de dezembro de 1970. Posteriormente, os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelos Estados-membros foram utilizados para dar conteúdo material aos princípios gerais de direito, como no caso *Nold* de 14 de maio de 1974.

Atualmente, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais constitui um dos elementos em que se pauta a UE. A violação grave e persistente por um Estado-membro de direitos humanos e das liberdades fundamentais ou dos princípios de liberdade, democracia e Estado de Direito pode dar lugar a procedimentos que conduzam à suspensão de determinados direitos derivados da aplicação do Tratado da União Europeia, incluindo os direitos de voto do representante de dito Estado no Conselho, como previsto no artigo 7. Atualmente, é extremamente relevante mencionar a exigência de que, para integrar a UE, o Estado seja membro do Conselho da Europa.

Como se depreende da larga e abundante jurisprudência da CEJ, os direitos fundamentais formam parte do ordenamento jurídico comunitário e a Corte tem competência para assegurar seu respeito.<sup>42</sup> A CEJ reconheceu de forma explícita uma série de direitos fundamentais como parte integrante do ordenamento jurídico comunitário: direito à intimidade, liberdade de expressão, pensamento, consciência e religião, liberdade de reunião e associação, acesso ao judiciário, princípio da igualdade, direito de propriedade, liberdade de imprensa, legalidade penal.

Todavia, a ausência de um documento expresso de direitos humanos ainda ameaça, para muitos autores, a segurança jurídica do sistema. Para amenizar esse risco, a CEJ tem, desde a década de 90, estabelecido o alcance e o âmbito de aplicação dos direitos protegidos a partir da referência à Convenção Europeia de Direitos Humanos, e, conseqüentemente, à jurisprudência da CEDH. Dessa forma, não só se permite uma maior previsibilidade nas decisões da CEJ, mas também se abre espaço para um diálogo interinstitucional capaz de fortalecer a democracia europeia.

40 MENÉNDEZ, A. J. Fundamentado Europa: el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004, p.111.

41 MENÉNDEZ, A. J. Fundamentado Europa: el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004, p.111. O conceito europeu é confirmado pela rejeição da candidatura da Espanha franquista em 1962.

42 "Basicamente, el TCJE somete al control del cumplimiento de los derechos fundamentales dos tipos de medidas estatales aquellas en las que los Estados miembros actúan como una rama del ejecutivo comunitario y aquellas que entran dentro del ámbito propio del Derecho comunitario". LLORÉNS, M. El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE: balance y perspectivas. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 135.

## 6. CONCLUSÃO

Observando os aspectos estruturais é possível compreender que a CEJ tem uma independência comparável às instituições nacionais de jurisdição. Os juízes são indicados a partir do comum acordo dos governos dos estados membros por um período de 6 anos. Independentemente da avaliação da independência da CEDH em termos absolutos ou em comparação com as cortes nacionais, ela tem alcançado um considerável grau de legitimidade quando comparada com as demais instituições europeias.

Se se considera que a probabilidade de haver uma formação democrática da opinião e da vontade no âmbito europeu é tanto maior quanto maiores forem as chances de se estabelecerem procedimentos e condições da comunicação, a jurisprudência da CEJ parece ter atuado nesse sentido ao estabelecer um sistema de direitos, capazes de garantir a um só tempo a autonomia privada e pública dos cidadãos. Nesse sentido, pode-se afirmar que a CEJ contribuiu ativamente para o desenvolvimento de uma cultura de respeito a princípios constitucionais compartilhados Estados membros da UE.

No entanto, cumpre observar que a consolidação desses direitos, por meio de uma Constituição supranacional, não é suficiente para que haja a formação democrática da opinião e da vontade para além do Estado-nacional. Há inúmeras outras exigências funcionais para a política deliberativa, tais como a existência de uma sociedade civil e de uma esfera pública de âmbito europeu, além de uma cultura política comum. Nesse sentido, se mantém o espaço para a construção gradual da Europa por meio da atuação do judiciário.

## REFERÊNCIAS

- Bauman, Zigmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.
- BRAND, Michiel. Affirming and refining european constitutionalism: towards the establishment of the first constitution for the European Union. *EUI Working Paper, Law*, n. 2004/2, p. 11.
- CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 26/62, Van Gend en Loos*, 1963, ECR, 1.
- CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 6/64, Costa v ENEL*, 1964, ECR, 585.
- CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. *Caso 294/83, Les Verts*, 1986, ECR, 1339.
- DE WITTE, B. The Nice Declaration: time for a constitutional treaty of the European Union? *The International Spectator*, v. 36, 2001.
- DIPPEL, H. *As convenções no direito comparado*. Texto disponibilizado para a condução do curso ministrado pelo professor na Universidade de Brasília (1/2006).
- ESTAING, Giscard. *Introductory speech by president v. Giscard d'estaing to the convention on the future of Europe*. 26 feb. 2002. Disponível em: <<http://european-convention.eu.int/docs/speeches/1.PDF>>. Acesso em: 30 nov. 2014.
- EUROPEAN COMMISSION. *Eurobarometer: public opinion in the European Union*. (2002b), report n. 57, Bruxelas 2002b.
- FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY. *Brunner v. The European Union Treaty*, [1994] 1 Common Market Law Reports, 57.
- GRIMM, Dieter. Una costituzione per l'Europa? In: ZAGREBELSKY, G. et al. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1997.

HABERMAS, J. Remarks on Dieter Grimm's does Europe need a constitution? *European Journal of International Law*, v. 3, n. 1, 1995.

HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, J. *On the international relation between the rule of law and democracy: the inclusion of the other*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HABERMAS, J. Será que a Europa necessita de uma constituição? In: HABERMAS, J. *A era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JACKSON, J. H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*, v. 86, 1992.

LLORENS, M. El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE: balance y perspectivas. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004.

MENÉNDEZ, A. J. Fundamentado Europa: el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. In: SOLA, N. F. (Coord.). *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*. Madrid: Dykinson, 2004.

PRECHAL, S. *Directives in European Community Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

STEIN, E. Lawyers, judges and the making of a transnational constitution. *American Journal of International Law*, v. 75, 1981.

THE EUROPEAN CONVENTION. *Declaração iniciando o debate sobre o desenvolvimento futuro da União Europeia*. 7 mar. 2001. Disponível em: <[http://www.europa.eu.int/futurum/documents/speech/sp070301\\_3\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/futurum/documents/speech/sp070301_3_en.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2014.

THE EUROPEAN CONVENTION. *CON 369/02*. Disponível em: <<http://european-convention.europa.eu/docs/sessplen/00369.en2.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

THE EUROPEAN CONVENTION. *CONV 850/03*. Disponível em: <[http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/cv00850.en03.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/cv00850.en03.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2014.

TOMUSCHAT, C. *Human rights: between idealism and realism*. Oxford: Oxford University Press, 2003.



**GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL  
E DEMOCRACIA**

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Liberdade de Expressão e Democracia. Realidade intercambiante e necessidade de aprofundamento da questão. Estudo comparativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Brasil- Adpf 130 - e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.**

**Freedom of Expression and Democracy. Interchangeable reality and a need towards the deepening of the issue. A comparative approach. The jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. The United States Supreme Court.**

Luís Inácio Lucena Adams

# **Liberdade de Expressão e Democracia. Realidade intercambiante e necessidade de aprofundamento da questão. Estudo comparativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Brasil- Adpf 130- e a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.\***

## **Freedom of Expression and Democracy. Interchangeable reality and a need towards the deepening of the issue. A comparative approach. The jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. The United States Supreme Court.**

Luís Inácio Lucena Adams\*\*

### **RESUMO**

O texto enfrenta e problematiza o tema da liberdade de expressão no contexto da jurisprudência brasileira, cotejada com a atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Com esse objetivo, são retomados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro, com especial foco na discussão em torno dos limites da regulamentação da imprensa. Destaca-se que a Corte enfatizou a liberdade de imprensa em plano superior ao direito individual à honra e à imagem das pessoas. Em seguida, são tratados vários casos exemplificativos da jurisprudência norte-americana, evidenciando-se uma compreensão jurisprudencial que promove ilimitadamente a liberdade de expressão. Como mensagem e indagação final, o texto sugere que o debate em torno do financiamento de campanhas também precisa ser desdobrado no contexto da liberdade de expressão, como também definido pela Suprema Corte norte-americana.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Regulamentação da imprensa. Jurisprudência comparada. Financiamento de campanhas.

### **ABSTRACT**

The paper tackles and discusses freedom of expression in the context of the Brazilian jurisprudence as well as in the United States Supreme Court. With this aim, the paper also challenges some cases discussed in the Brazilian Supreme Court. The limitation upon the freedom of the press is also a pivotal issue undertaken by the paper. It highlights how the Brazilian Supreme

\* Artigo convidado

\*\* Ministro de Estado da Advocacia-Geral da União. Pesquisador-Membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais junto ao UniCEUB. *Paper* preparado para apresentação e discussão em sessão de 17 de setembro de 2014 do CBEC. E-mail: gabinete.ministro@agu.gov.br

Court has emphasized the liberty of the press as opposed to personal rights, such as the honor protection as well as the shield of one's image. Following, the paper discusses many a U.S. Supreme Courts cases, in which a broad comprehension of free expression rights was built. As a message and as final question mark, the paper suggests that a debate about the limits of political campaigns financing also ought to be unfold in the framework of the freedom of the press, as to a certain degree defined by the U.S. Supreme Court.

**Keywords:** Freedom of expression. Regulation of the press. Comparative jurisprudence. Political campaigns financing.

## 1. INTRODUÇÃO

*“Se for jornalista, mando enforcar.”  
Getúlio Vargas, 1945*

O tema da liberdade de expressão adquire cada vez maior significado no contexto da consolidação da democracia brasileira iniciada em 1988. A matéria evoluiu de forma truncada no Brasil, já que a tradição ideológica do positivismo de August Comte - marca na formação da república brasileira através de figuras singulares como Julio de Castilhos e Benjamim Constant - sempre conviveu mal com o pluralismo e o populismo característicos do processo democrático. Os controles exercidos nos meios de comunicação e as restrições à livre manifestação das pessoas, em todos os níveis, marcaram e ainda marcam a nossa sociedade. É emblemático, por exemplo, a proibição, pela censura, da publicação da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América pelo Jornal Movimento em 1976.

De outro lado, a relação com o poder não opera apenas em um sentido. A dependência mantida pela imprensa sempre foi uma constante, sendo o Estado sustentáculo na formação dos grandes conglomerados de mídia, como bem lembra Mario Sérgio Conti ou registra Lira Neto. Particularmente, não é demais registrar editorial do Jornal O Globo que assume o apoio explícito ao golpe militar de 1964 - o que veio a ser reconhecido como equívoco apenas em editorial publicado em 31 de agosto de 2013.

De qualquer modo, não é objetivo deste artigo desenvolver acerca da relação da mídia e do poder político ou falar da formação ideológica da República Brasileira. Esta pequena introdução serve apenas para apontar a existência desta realidade intercambiante a indicar o quanto o tema da liberdade de expressão é pouco desenvolvido no Brasil em comparação com outras democracias, em particular a dos Estados Unidos da América. É significativa a dimensão que a Suprema Corte dos Estados Unidos dá ao tema e o quanto é resiliente e perseverante a garantia dada pela Primeira Emenda da Constituição Norte Americana na sua singela forma: *“O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito do estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão ou da imprensa; ou o direito das pessoas de reunirem-se pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”*<sup>1</sup>. Essa emenda foi intensamente adaptada e redimensionada nos mais de 200 anos de existência da democracia norte americana, sempre vocacionada à preservação do direito fundamental.

Não encontramos na nossa jurisprudência pátria, em que pese os significativos avanços alcançados, a mesma intensidade e a radicalidade observadas nos debates promovidos na Suprema Corte Americana.

Pretendo, como colaboração aos Seminários sobre Liberdade de Expressão promovidos pelo CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais, analisar a decisão mais recente da Suprema Corte Brasileira

1 No original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress, of grievances.”

- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 130 - marco mais significativo do tema até agora, para, em seguida, considerando algumas decisões da Suprema Corte Americana, mostrar os desafios que ainda persistem sobre o tema no Brasil.

## 2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*“Quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja”.*  
Ayres Britto, 2009.

A liberdade de expressão tem sido o tema central das democracias. Dworkin<sup>2</sup> ressalta, por exemplo, a importância da liberdade de expressão na formação da democracia, seja na compreensão de democracia majorista (“o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria”), seja na compreensão de democracia coparticipativa (“governo exercido pelo ‘povo’ significa governo de todo o povo, agindo em conjunto como parceiros plenos e iguais”).

Em qualquer das duas concepções de democracia, é essencial a liberdade que qualifique as escolhas políticas como expressão legítima da maioria ou como legitimidade da participação efetiva de todos os cidadãos. Em ambas as hipóteses não há democracia sem o sustentáculo da liberdade de expressão.

Todavia, compreender a importância da liberdade de expressão não ajuda a compreender o que é e como garanti-la.

Como é intuitivo, a liberdade de expressão é muito mais ampla que a liberdade de falar ou de imprensa, em que pese o alcance e a importância da fala em si como forma de comunicação. O próprio art. 220 da Constituição Federal de 1998 dá o alcance amplo da proteção à liberdade de expressão: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Ao dimensionar a proteção da liberdade de expressão ela pode alcançar diversos aspectos, sendo prévia, contra atos de censura do Estado ou de particulares, ou consequente, contra atos punitivos ou indenizatórios. Alcança diversos meios de comunicação, jornalísticos, artísticos ou individuais. Pode proteger indivíduos, coletividades ou organizações. Pode regular e proteger de maneira diversa a manifestação artística, política, comercial ou individual.

Em suma, a liberdade de expressão é elemento fundante da democracia e da república ao integrar a plenitude da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

## 3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*“(…) Erro de fato, com conteúdo difamatório de reputação oficial, ou ambos, é insuficiente para garantir o deferimento de indenização por declarações falsas, a menos que se alegue e prove que houve ‘malícia de fato’, isto é, o conhecimento de que a declaração seja falsa ou precipitada em relação à verdade”.<sup>3</sup>*

Suprema Corte dos Estados Unidos da América (New York Times v. Sullivan)

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou por diversos momentos o tema da liberdade de expressão, como no HC 82.424, de 17/09/2003, Relator Ministro Moreira Alves (publicação e comercialização de

2 DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, p.502.

3 No original: “(c) Factual error, content defamatory of official reputation, or both, are insufficient to warrant an award of damages for false statements unless “actual malice” - knowledge that statements are false or in reckless disregard of the truth - is alleged and proved”.

livro de conteúdo antissemita); no REExt 23.829, de 7/7/1954, Relator Ministro Mario Guimarães (liberdade de manifestação política de militar); no REExt 130.206, de 17/9/1991, Relator Ministro Ilmar Galvão (impossibilidade de demissão em empresa pública por razões político-partidárias); e no REExt 511.961, de 17/6/2009, Relator Ministro Gilmar Mendes (exigência do diploma de jornalista para exercício da profissão como restrição à liberdade de expressão). Esta última decisão merece destaque pela importância na garantia da pluralidade do exercício da liberdade de imprensa como consectário da liberdade de expressão.

Todavia, mais recentemente, a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, proposta em 2008 pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, foi a decisão que mais destaque teve na aplicação de tal direito fundamental, já que teve por objeto a declaração de não recepção, pela Constituição Federal de 1988, da denominada “Lei de Imprensa” (Lei 5.250, de 1967).

Ao final do julgamento, a Corte Suprema aboliu integralmente a “Lei de Imprensa” do ordenamento jurídico, tendo sido declarados inconstitucionais todos os seus dispositivos. Segundo o Ministro Ayres Brito, relator do caso, a Lei não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, já que, em face da garantia da liberdade de expressão, não caberia ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.

O Relator qualificou a liberdade de imprensa como *instituição-ideia* (a mais rematada expressão do jornalismo), e *instituição-entidade* (conjunto de órgãos, veículos, empresas, meios, juridicamente personalizados). Salientou, também, que ela tem por finalidade “*comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar: a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo das ocorrências fáticas; b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, estes situados nos escaninhos do nosso cérebro, identificado como a sede de toda inteligência e de todo sentimento da espécie animal a que pertencemos*”.

Por ocasião do julgamento assentou-se ainda que:

*“são irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.”*

(...)

*“no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.*

(...)

*“a plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens da personalidade e mais direita emanação do princípio da dignidade da pessoa humana.”<sup>4</sup>*

A “Lei de Imprensa” disciplinava minuciosamente as hipóteses de cabimento do direito de resposta e, se não carregasse uma carga histórica tão negativa, poderia ter sido pontualmente preservada, como, aliás, foi defendido pelo Ministro Gilmar Mendes, que votou pela manutenção dos artigos 29 a 36, que tratavam precisamente do direito de resposta. Sustentou, em suma, que “*o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite como exige a intervenção legislativa, com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional*”<sup>5</sup>.

4 Supremo Tribunal Federal, ADPF 130, excertos do voto do Ministro Ayres Brito.

5 MENDES, Gilmar. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 4. Brasília: Instituto de Direito Público, 2010/2011, p.4. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/427/275>>. Último acesso: 04/05/2015.

Porém, a maioria entendeu haver uma incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988, que a contaminava completamente, pois “a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.”

A análise dos fundamentos que balizaram o julgamento da ADPF nº 130 demonstra que a feição de censura prévia apresentada por vários dispositivos da “Lei de Imprensa” não se compatibilizava com a nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988, a exemplo do art. 220 (a liberdade de comunicação social não poderá sofrer restrições de qualquer espécie). Entretanto, ao assegurar tal garantia, o legislador constituinte não a colocou fora do alcance de ulterior regulamentação.

De qualquer modo, a doutrina pátria não possui uniformidade quanto ao tema. Ainda sob os ares da democrata constituição de 1946, Nelson Hungria assim lecionava com singular propriedade:

*“Liberdade de imprensa é o direito de livre manifestação do pensamento pela imprensa; mas, como todo direito, tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios. A ordem jurídica não pode deixar de ser um equilíbrio de interesses: não é possível uma colisão de direitos, autenticamente tais. O exercício de um direito degenera em abuso, e torna-se atividade antijurídica, quando invade a órbita de gravitação do direito alheio. Em quase todo o mundo civilizado, a imprensa, pela relevância dos interesses que se entrecrocavam com o da liberdade das ideias e opiniões, tem sido objeto de regulamentação especial.”*<sup>6</sup>

Esta linha de pensamento é a mesma que se observou anos depois na redação conferida ao atual artigo 220 do texto constitucional, que relativiza a liberdade de comunicação social, ao determinar que o seu exercício deve observar o disposto na Constituição. Outrossim, a ausência de previsão constitucional expressa de regulamentação da liberdade de comunicação não permite inferir-se que o legislador ordinário não possa disciplinar os eventuais conflitos entre direitos de matriz constitucional, como ficou bem aclarado no voto do Ministro Gilmar.

Induidosamente, ao julgar o mérito da ação, a Corte Suprema optou por colocar o direito à liberdade de imprensa em plano superior ao direito individual à honra e à imagem das pessoas. Porém, persistiu em alguns dos Ministros - o julgamento foi tomado por maioria - o questionamento se teria sido realmente oportuna a revogação *in integrum* da “Lei de Imprensa”, porquanto a Lei continha certos dispositivos que serviam de contenção a abusos praticados sob o manto da liberdade de informação e que asseguravam o exercício do contraditório, também de índole constitucional.

Em síntese, o julgamento concedeu caráter superior à liberdade de imprensa e, concomitantemente, assegurou àqueles que tiveram sua honra ou sua imagem lesada em razão do exercício abusivo da liberdade de imprensa o direito de socorrerem-se do arcabouço legal já existente - nos termos definidos pelo colegiado, pela aplicação do inciso V do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo e de indenização pelo dano causado, sendo, no entendimento da Corte Suprema, desnecessária qualquer norma complementadora.

## 4. A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE DOS EUA

*“Se tiver que escolher entre viver na União Soviética ou nos Estados Unidos, escolho o último já que lá posso ser comunista.”*  
Adelmo Genro Filho, 1986.

### 4.1. O caso R.A.V. v. City of St. Paul

Na cidade de St. Paul, no estado de Minnesota, em junho de 1990, um grupo de adolescentes ateou fogo em uma cruz de madeira, propositadamente fincada no jardim da casa de uma família de negros, na vizinhan-

6 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI, p. 261.

ça do réu. Havia lei municipal que vedava atos de hostilidade que provocasse ressentimentos ou ódios, que no caso foi materializado na queima de cruzes (o que remetia à Klu-Klux-Khan) ou a disposição de suásticas.

Uma corte municipal não permitiu a penalização, com base na premissa de que a lei local era extensiva, de algum modo vaga, e passível de contemplar inúmeras hipóteses, de modo indiscriminado. A Suprema Corte do Estado de Minnesota cassou essa decisão, forte no argumento de que a lei discutida era útil no combate às ameaças à segurança pública.

A linha de entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos foi fixada em decisão de 22 de junho de 1992, quando reverteu decisão da Suprema Corte do Estado de Minnesota.

A opinião da Corte, conduzida pelo juiz Antonin Scalia, reconheceu a inconstitucionalidade de lei que proibisse a adoção de fórmulas genéricas que promovessem a vedação seletiva de ideias específicas. A Corte argumentou que a lei então discutida veiculava regra substancialmente ampla, ainda que vedando exemplificativamente o racismo e o nazismo.

Afirmou o Juiz Scalia que as palavras de ódio são proscritas não porque elas comunicam uma ideia particular, mas porque o seu conteúdo incorpora uma particular forma de expressão intolerável e socialmente desnecessária. A lei, por sua vez, não identificou estas fórmulas particulares, mas proibiu as palavras de ódio em qualquer forma de expressão, o que cria a possibilidade de Municipalidade estar querendo impedir a expressão de ideias particulares. Nas palavras do Juiz Scalia, com ênfases minhas:

*“Como anteriormente explicado (...) a razão pela qual ‘palavras de ódio’ sejam categoricamente excluídas da proteção da Primeira Emenda não reside no fato de que seu conteúdo comunique alguma ideia particular, mas sim que corporifique um forma de expressão particularmente intolerável (e socialmente desnecessária) não interessando qual a ideia que seu prolator pretenda transmitir. A cidade de St. Paul não escolheu um modo especificamente ofensivo de expressão – não optou, por exemplo, por proibir apenas ‘palavras de ódio’ que comuniquem ameaças (ao contrário de ideias odiosas). Pelo contrário, a lei prescreveu palavras de ódio em qualquer sentido que comunique mensagens de intolerância racial, de gênero ou de religião. Esse tipo de seletividade dá ensejo que a cidade proscrisse expressões que explicitem ideias particulares. Essa possibilidade seria de per se suficiente para fazer com que a lei seja presumivelmente inválida, possibilidade que se torna uma incerteza com os comentários e concessões da cidade de St. Paul”<sup>7</sup>.*

## 4.2. O caso *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*

Na origem (o caso é de 1965) um grupo de estudantes em Des Moines, Estado de Iowa, que planejou uma demonstração pública, na qual iriam sustentar a necessidade de uma trégua na Guerra do Vietnã. Decidiram que usariam uma banda preta nos braços, em sinal de protesto, e que frequentariam as aulas com esse símbolo de insurgência. A direção da escola definiu em reunião que proibiria qualquer tipo de manifestação. Uma aluna desafiou a ordem e compareceu à escola usando a banda preta no braço. No dia seguinte um irmão da aluna insurgente também compareceu na escola com o mesmo distintivo. Uma suspensão escolar suscitou a intervenção da família dos jovens, que judicializou a questão. Invocaram que a 1ª Emenda autorizava o uso daqueles adereços como forma de protesto, o que significava, efetivamente, liberdade de pensamento. Uma corte distrital entendeu que a escola tinha razão e que as medidas eram necessárias para a manutenção da disciplina na escola. A decisão foi mantida por uma corte federal de 2ª instância.

<sup>7</sup> No original: “As explained earlier, (...), the reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey. St. Paul has not singled out an especially offensive mode of expression—it has not, for example, selected for prohibition only those fighting words that communicate ideas in a threatening (as opposed to a merely obnoxious) manner. **Rather, it has proscribed fighting words of whatever manner that communicate messages of racial, gender, or religious intolerance. Selectivity of this sort creates the possibility that the city is seeking to handicap the expression of particular ideas.** That possibility would alone be enough to render the ordinance presumptively invalid, but St. Paul’s comments and concessions in this case elevate the possibility to a certainty.”



A questão foi levada à Suprema Corte, que definiu que a escola deveria comprovar que a proibição atendia a uma necessidade de se prevenir uma eventual interferência do uso da liberdade de expressão, por meio do adereço - banda preta no braço -, quanto ao funcionamento da escola, especialmente do ponto de vista pedagógico. A escola, ao proibir o uso do adereço, entendeu a Suprema Corte, demonstrou apenas um receio e não um perigo real e efetivo. Há um voto vencido (de Potter Stewart) no sentido de que a 1ª Emenda não alcançava crianças em idade escolar.

Prevaleceu entendimento relativo ao alcance da 1ª Emenda, no sentido de que medidas proibitivas que limitem a liberdade de expressão de alunos em escolas públicas exigem comprovação de um risco concreto e real, capaz de romper o processo educacional.

#### **4.3. O caso Texas v. Johnson**

Em 1984, em frente à Prefeitura de Dallas, no Estado do Texas, quando se realizava uma convenção do Partido Republicano, Gregory Lee Johnson ateou fogo em uma bandeira norte-americana. Não houve feridos, ou quaisquer outros danos materiais, ainda que boa parte dos presentes se sentisse ofendida com a atitude. A cultura norte-americana é marcada por um acentuado patriotismo, revelado recorrentemente no culto à bandeira. É costume norte-americano o hasteamento de bandeiras em residências e lojas. Para os norte-americanos a bandeira é um símbolo de união nacional.

Com base em uma lei texana, Johnson foi condenado a cumprir um ano de prisão, bem como ao pagamento de uma multa de dois mil dólares. A decisão de primeira instância pela condenação foi revertida pela Suprema Corte do Texas, forte no argumento de que a 1ª Emenda protegia Johnson, que alegava o direito de manifestação, expressando um desgosto para com a política conservadora dos republicanos. O presidente dos Estados Unidos, à época dos fatos, era Ronald Reagan.

A matéria foi levada para a Suprema Corte norte-americana. Por apertada margem, cinco a quatro, o relator, William J. Brennan, conduziu voto que entendeu a conduta protegida pela primeira emenda, ainda que a bandeira simbolizasse patriotismo e que representasse de modo enfático a união nacional.

Levou-se em conta que o ato de Johnson se deu em contexto absolutamente comum no campo político. O fato de que a bandeira fora queimada no ambiente da convenção do Partido Republicano pesou em favor de Johnson, a quem a Suprema Corte confirmou o direito de manifestação, ainda que ela tenha se dado com a queima de um símbolo nacional. A Suprema Corte norte-americana reverteu a decisão do Tribunal do Texas, fixando que o direito de manifestação política, protegido pela primeira emenda, não permitia a criminalização de Johnson.

#### **4.4. O caso Mac Connell v. Federal Election Commission**

Na origem, uma lei de 2002 (*MacCain-Feingold Act*) que substancializava uma reforma na legislação norte-americana referente às doações de campanha. Essa reforma fora defendida e liderada pelos senadores John McCain e Russell Feingold.

A lei extinguiu doações irrestritas, o chamado *soft-money* no jargão da literatura política norte-americana. Pessoas físicas e jurídicas não poderiam mais contribuir irrestritamente com partidos ou com candidatos. Também não poderiam realizar doações a políticos eleitos. A lei também dispôs sobre a limitação de propaganda de sindicatos, empresas e de organizações sem fins lucrativos. Definiu-se que em um período de 60 dias antes das eleições haveria amplas restrições à propaganda de sindicatos, empresas e organizações sem fins lucrativos, especialmente quando se vinculava o conteúdo da propaganda com algum partido político ou candidato.

Os fundos partidários já recebidos e contabilizados também não poderiam ser utilizados indiscriminadamente por partidos políticos e candidatos, no pagamento de propagandas, limitando-se substancialmente o uso de recursos partidários nesse sentido.

A lei *McCain-Feingold* também dispôs sobre inusitada regra de competência, fixando que discussões judiciais decorrentes de sua interpretação seguiriam diretamente em segunda instância para a Suprema Corte. Essa disposição contrastava com a cultura jurídica norte-americana, na qual o acesso à Suprema Corte é muito restrito, preso à discricionariedade dos juízes e aos limites do remédio disponível, o *writ of certiorari*.

A judicialização da questão, inclusive por intermédio da representação do Partido Republicano na Califórnia, suscitou discussão na Suprema Corte. Em disputa, o questionamento relativo à limitação à liberdade de expressão que resultaria da mitigação das doações e das propagandas eleitorais. Em outras palavras, lei que limitava doações e que restringia a propaganda eleitoral não hostilizaria a 1ª Emenda? As restrições às propagandas de sindicatos, empresas e organizações não lucrativas não seguiria o mesmo caminho?

Por apertada votação, cinco a quatro, os juízes Sandra Day O'Connor e John Paul Stevens conduziram a compreensão da Suprema Corte no sentido de que a limitação de gastos e de propaganda, tal como fixados pela lei *McCain-Feingold*, não configuravam restrições à liberdade de expressão, na forma enunciada na 1ª Emenda. Essa restrição - e havia alguma limitação, bem entendido - revelava-se como mínima no entender da Corte. O combate à possibilidade de corrupção e de tráfico de influência justificaria o conjunto normativo veiculado pela lei questionada.

#### 4.5. O caso *Citizens United v. Federal Election Commission*

A Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu a decisão do caso *Mac Connell*, definindo que a liberdade de expressão é também direito das pessoas jurídicas, que também são protagonistas importantes no espaço democrático. A decisão foi apertada, cinco a quatro, porém qualifica um marco no modelo norte-americano, no qual as pessoas jurídicas detêm meios de expressão, entendendo-se que o financiamento de campanhas é forma legítima de participação no debate político. A questão foi decidida em janeiro de 2010.

Na origem, um grupo, *Citizens United*, que havia financiado um filme sobre Hillary Clinton (*Hillary: The Movie*) no qual se criticava veementemente essa personagem política do Partido Democrata. Tratava-se de um documentário, em que vários políticos conservadores, a exemplo de Dick Morris e Ann Coulter, eram entrevistados. Denunciava-se a esposa de Bill Clinton buscando-se evidenciar escândalos ligados ao casal de democratas.

À luz da lei *McCain-Feingold* (também denominada de *Bipartisan Campaign Finance Reform Act*) vedava-se o financiamento do uso de meios eletrônicos de comunicação, o que, entendeu-se originalmente, alcançaria a produção de filmes para o cinema e para a televisão. No contexto da lei, empresas, sindicatos e organizações sem fins lucrativos não poderiam financiar mídias eletrônicas nas quais se divulgassem mensagens políticas.

Os produtores do filme resolveram judicializar a questão invocando que a lei *McCain-Feingold* violava a 1ª Emenda. Os interessados conseguiram levar a questão para a Suprema Corte, em recurso que questionou se a decisão paradigma, *Mac Connell*, alcançaria todos os casos relativos ao financiamento de propaganda política. Seria um filme, em forma de documentário, em sentido estrito, uma manifestação exatamente idêntica a qualquer modelo de propaganda?

A Suprema Corte reverteu a decisão original e fixou entendimento no sentido de que a democracia exige que se protejam as manifestações do pensamento em sua esfera política (*political speech*). Essa proteção, definiu a Corte, é indispensável para o pleno funcionamento das instituições democráticas.

Deve-se prestigiar o interesse público que demanda que o público seja informado. Definiu-se que as pessoas jurídicas detêm prerrogativa de manifestação porque também agentes do debate, pelo que a ficção que as desmaterializa, de origem romana, não alcança a realidade dos fatos.

#### 4.6. O caso *McCutcheon et al. v. Federal Election Commission*

Julgado em abril de 2014, a Suprema Corte norte-americana ampliou compreensão relativa à possibilidade de doações eleitorais por pessoas jurídicas e, nesse caso específico, por pessoas físicas. Em apertada votação, cinco a quatro, o presidente da Corte, John G. Roberts Jr., conduziu voto no sentido de que algumas limitações da lei *McCain-Feingold* não se conformavam com o conteúdo da 1ª Emenda.

No caso, a insurgência de um cidadão do estado do Alabama, Shaun McCutcheon, que havia feito doações a candidatos do Partido Republicano. Em face das doações de McCutcheon havia ameaça de glosa, porquanto a lei *McCain-Feingold* restringia os cálculos dos valores a serem doados a um contexto de contingenciamento, que era de dois anos.

A lei dispunha que os limites de doação deveriam ser calculados em períodos que alcançavam dois anos, sempre, com possibilidade de reavaliações periódicas dos limites com base em cálculos de inflação. Shaun McCutcheon sustentou que havia ofensa à 1ª Emenda por conta dos limites estabelecidos em lei. A questão ganhou atenção nacional e alcançou a Suprema Corte, que entendeu que o combate à corrupção eleitoral, objetivo da lei *McCain-Feingold* não seria alcançado, com meras fixações de limites de doações, com base em intervalos de tempo. Os doadores precisam contemplar vários candidatos, avaliando interesses e objetivos, o que absolutamente necessário, em um contexto de funcionamento de plena democracia. O limite à possibilidade de financiamento de campanha, enquanto indicativo de liberdade de expressão, deveria ser a regra e não a exceção.

Para a Suprema Corte norte-americana a corrupção eleitoral deve ser combatida de várias formas. Medidas de combate à ameaça da corrupção eleitoral, no entender da Suprema Corte, não poderiam se sobrepor à liberdade de expressão, também substancializada em doações para campanhas e para candidatos. Houve, no entanto, voto vencido, que insistia que o abandono da regra dos limites acenaria com uma ameaça para o processo democrático.

#### 4.7. O caso *New York Times v. Sullivan*

Foi decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em março de 1964, por nove votos a zero, que a 1ª Emenda protege todos os tipos de declarações públicas feitas na imprensa, inclusive aquelas que contenham informações imprecisas e mesmo falsas, desde que, neste último caso, não sejam dolosas e maliciosamente construídas para prejudicar terceiros. Essa tese, que é nuclear na compreensão na jurisprudência da 1ª Emenda, persiste até hoje, revelando-se como o *leading case* do tema da liberdade de expressão.

Na origem, o caso surgiu da revolta de um policial de Montgomery, no estado do Alabama, contra anúncio pago veiculado no jornal *New York Times*. No referido anúncio, afirmava-se que a prisão de Martin Luther King Jr., no Alabama, fazia parte de uma ampla campanha cujo objetivo principal era deturpar a imagem do pastor e líder norte-americano que lutava pela integração racial, bem como pela necessidade de que todos os negros norte-americanos participassem dos processos eleitorais como eleitores e como candidatos.

O policial do Alabama, L. B. Sullivan, sentiu-se caluniado e, com base em lei do estado onde atuava, ajuizou uma ação contra o jornal, reclamando indenização. Ganhou nas instâncias originárias, que lhe contemplaram uma indenização de meio milhão de dólares por calúnia (*libel*). Substancialmente, valeu-se da lei de seu estado, que não exigia que o caluniado comprovasse dano efetivo, ou mesmo alguma forma de prejuízo. Além do que, o anúncio continha alguns erros fatuais.

A Suprema Corte foi provocada para decidir se lei que não exigia prova de dano sofrido, no juízo de calúnia, poderia ser albergada pelo conteúdo protetivo da 1ª Emenda. Entendeu-se que a liberdade de expressão era ampla, e que mesmo informações imprecisas seriam protegidas, fixando-se como traço definidor de alguma eventual indenização uma veiculação maliciosa, com nítidas intenções difamatórias. Assim, o caso qualifica-se como um marco na sistemática da 1ª Emenda, revelando a liberalidade da Corte de Warren, cuja marca mais definidora fora a intransigente defesa dos direitos e liberdades civis. L. B. Sullivan perdeu a ação e não pode postular a indenização originariamente outorgada.

## 5. CONCLUSÃO?

*“Não concordo com o que dizes, mas defenderei até a morte o teu direito de dizê-lo.”*

Voltaire (?)

Como se viu, a partir dos casos apresentados, o tema da liberdade de expressão não apresenta uma uniformidade na sua aplicação. Mesmo sendo um direito constitucional fundamental, existem em relação a ele diversos e complexos aspectos que podem levar a submetê-lo a algum nível de regulação.

Apenas para reflexão, poderíamos examinar o fundamento central que está levando atualmente o Supremo Tribunal Federal a declarar inconstitucional o financiamento de campanha eleitoral por parte de empresas privadas: os únicos habilitados a participar do processo eleitoral são os cidadãos, e as empresas não possuem cidadania. Como compatibilizar este argumento com a possibilidade de um jornal ou revista de grande circulação, como ocorreu nas eleições presidenciais em 2010, apoiar em editorial determinada candidatura? Haveria aqui o exercício da liberdade de expressão? Estão as pessoas jurídicas protegidas pela direito da liberdade de expressão? O apoio explícito de uma empresa jornalística a candidatura não estaria quebrando o mesmo princípio que vedaria a empresa em financiar campanhas eleitorais? E, se a empresa jornalística está alcançada pelo direito da liberdade de expressão, por que demais pessoas jurídicas não estariam? Pode a Vale do Rio Doce, por exemplo, pagar uma publicidade política em apoio a determinadas candidaturas? Observe-se que esta última modalidade foi expressamente garantida pela Suprema Corte dos Estados Unidos como protegida pela 1ª Emenda no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*.

Da mesma forma, outros temas poderão ser objeto de apreciação constitucional, como o caso da delimitação das palavras de ódio (*fighting words*). Pense-se no caso da criminalização da homofobia. Como estabelecer uma restrição a situações que expressem apenas manifestações de ódio ou preconceito, sem que isto também alcance o fluir necessário de ideias?

No âmbito educacional isto se torna ainda mais significativo no caso das escolas e universidades. Como avaliar os limites educacionais válidos na expressão pessoal dos alunos. Casos como o da estudante Geise Arruda, em 2009, expulsa e depois readmitida pela Universidade Bandeirantes de São Paulo, ainda evocam controvérsias. Ou, noutra linha, como tratar a pretensão do Instituto Advocacia Racial e Ambiental (Iara) que pretende banir, mediante Mandado de Segurança impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal, o livro “Caçadas de Pedrinho”, de Monteiro Lobato, por evocar expressões consideradas racistas? É possível proibir o ensino do criacionismo nas escolas? Como tratar o tema quanto aos casos dos programas de educação sexual nas escolas, particularmente quando relacionado ao tema da homoafetividade?

De fato, na medida em que se consolide a realidade democrática do Brasil, é de se esperar que diversos e diferentes casos comecem a ser remetidos ao exame do Supremo Tribunal Federal a afirmar com maior clareza de atualidade o tema da liberdade de expressão, compatível com a complexa e múltipla realidade de um país continental como o Brasil.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. VI.

MENDES, Gilmar. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 4. Brasília: Instituto de Direito Público, 2010/2011. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/427/275>>. Último acesso: 04/05/2015.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas da dogmática dos direitos fundamentais**

**The Juridical Germanistic and the accusatory finger metaphor in the exploratory context of fundamental rights dogmatic**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

# A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas da dogmática dos direitos fundamentais\*

## The Juridical Germanistic and the accusatory finger metaphor in the exploratory context of fundamental rights dogmatic

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy\*\*

*“A análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos é, de per si, um tema fascinante e justificaria plenamente a realização de um curso inteiro e a redação de diversas monografias e teses”.*

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>1</sup>

*“The lessons of the past pertain not just to individual morality, but also, and perhaps more importantly, to societal and state institutions in which individual morality must be preserved if its to have the power to resist in the crucial moment.”*

Bernard Schlink<sup>2</sup>

*“Eine schuldbeladene Nation in einem zerstörten Haus”.*

Michael Stolleis<sup>3</sup>

### RESUMO

O texto de algum modo sugere que a dogmática dos direitos fundamentais poderia decorrer menos de uma imaginária linha evolutiva, ao contrário do que se registra recorrentemente. O texto sugere que a dogmática dos direitos fundamentais possa resultar, também, de acidente histórico de triste memória, isto é, de uma reação à barbárie nazista, vivida ao longo da segunda guerra mundial. Nesse sentido, o texto explora o tema da culpa no contexto dos arranjos institucionais que resultaram nas fórmulas alemãs de proteção aos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Fundamentação histórica. Germanística. A culpa no contexto formativo de arranjos institucionais.

\* Artigo convidado.

\*\* Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor Pesquisador Visitante no Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu- Frankfurt. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Consultor-Geral da União (nomeado em 2011). Procurador da Fazenda Nacional (concurso de 1993). E-mail: [asmgodoy@gmail.com](mailto:asmgodoy@gmail.com)

1 Sarlet, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais- uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36.

2 Schlink, Bernhard, Guilt about the past, Toronto: University of Queensland Press, 2010, p. 33. Em tradução livre minha: “As lições do passado pertencem não apenas à moralidade individual, mas também, e talvez de modo mais importante, às instituições do Estado e da sociedade, nas quais a moralidade individual deve ser preservada se dela se espera a força para resistir nos momentos cruciais”.

3 Stolleis, Michael, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland- Vieter Band- 1945-1990. München: Verlag C. H. Beck, 2012, p. 15. Em tradução livre minha: “Uma nação carregada de culpa numa casa arruinada”.

## ABSTRACT

The paper somewhat suggests that the dogmatic of the constitutional rights could be more strongly linked to a historical factor, related to the second great war, and its outcome, as opposed to a traditional conception that suggests an evolutionary unfolding. The paper suggests some strong links between the human rights agenda and the nazi's atrocities. In that sense, the paper explores the problem of guilty in the context of the institutional arrangements that followed the subsequent German framework in the scope of human rights protection.

**Key-words:** Fundamental rights. Historiographical patterns. Germanistic. The conception of guilty in the formative context of institutional arrangements.

## 1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA, DO ARGUMENTO E DO ROTEIRO

A literatura do tema dos direitos fundamentais concebe contexto histórico evolutivo, que transita das compreensões jusnaturalistas (clássicas e modernas) aos direitos de concepção liberal do século XVIII, alcançando textos constitucionais do século XX, a exemplo das constituições do México (1917) e de Weimar (1919)<sup>4</sup>. Insiste-se na importância *transcendental* da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789<sup>5</sup>, bem como de algumas variáveis, com algum nível de relevância, a exemplo das declarações produzidas no âmbito do constitucionalismo norte-americano<sup>6</sup>, qualificando-se núcleo de onde emergiriam *gerações de direitos*. Construiu-se, assim, uma compreensão historicista dos textos constitucionais, quanto à fixação dos chamados direitos fundamentais, da qual se pretende intuir uma lógica evolutiva; a história, assim, transformou-se em argumento e em justificação.

Essa percepção teria como ponto de partida, “[...] — ainda que com raízes ainda mais remotas — a concepção jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII”. No entanto, a necessidade do reconhecimento dessa agenda de direitos “[...] se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra [...]”; isto é, a compreensão histórica da dogmática dos direitos fundamentais pode decorrer menos da fabulização de uma imaginária evolução do reconhecimento de direitos, do que da efetiva necessidade de respostas institucionais que o processo *descivilizatório* decorrente da segunda guerra mundial suscitou na geração que testemunhou o retorno à barbárie, vivido especialmente na primeira metade da década de 1940. É esse aparente *elo perdido*, entre a tradição jusnaturalista e liberal e a compreensão contemporânea dos direitos fundamentais, provavelmente encontrável no segundo pós-guerra, que se pretende resgatar.

A pesquisa pretende questionar se a agenda dos direitos fundamentais seria justificada, tão somente, por uma dinâmica evolutiva ou, se de um modo mais radical, pode-se reconhecer acidente histórico, a exemplo do processo de *descivilização* vivido ao longo da segunda grande guerra, como um traço definidor e empírico da positividade dessa agenda, com o que se poderia falar, definitivamente, em direitos fundamentais<sup>8</sup>.

4 Cf. PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007. p. 29-40.

5 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41 e ss.

6 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 55.

8 Para semelhanças e dissimilaridades conceituais entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 29 e ss.



O presente ensaio<sup>9</sup> alavanca e sustenta o argumento de que a construção da dogmática dos direitos fundamentais, um dos fundamentos da atuação prospectiva de alguns setores da Magistratura<sup>10</sup> (especialmente no Brasil<sup>11</sup> e na Colômbia<sup>12</sup>) poderia ser, em alguma medida, e na origem, indício de reação cultural e institucional que marcou o processo de reconstrução e de desnazificação vivido pela Alemanha com a derrota na segunda guerra mundial. O argumento sugere que a construção dessa dogmática não revelaria itinerário histórico regularmente construído na tradição ocidental, como recorrentemente compreendido na literatura que se refere às eras e dimensões de direitos fundamentais<sup>13</sup>, ainda que, bem entendido, deva-se realçar a influência do constitucionalismo norte-americano no constitucionalismo alemão, como pontuado por Roman Herzog, que foi juiz no Tribunal Federal Constitucional da Alemanha<sup>14</sup>.

O argumento sugere, assim, acidente histórico<sup>15</sup>, de terrível memória, como agente definidor de agenda positiva de defesa intransigente da dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>, resultado do desespero do homem civilizado em face da barbárie nazista<sup>17</sup>, terrível memória que radica nos arranjos institucionais dessa barbárie,

9 Texto apresentado e discutido em 5 de junho de 2014, junto ao Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais, no Uniceub, Brasília. Agradecimentos a Lilian Rose Lemos Soares Nunes, Marcelo Dias Varella e André Pires Gontijo, pelo convite e apoio. Agradecimentos a Luís Inácio Lucena Adams, Carlos Ayres Britto e Inocêncio Mártires Coelho pelas observações e questionamentos. O texto é apenas um esboço de uma pesquisa em andamento. O texto também foi apresentado em evento junto ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS. Agradecimentos a Ingo Wolfgang Sarlet pelo convite e pela intervenção.

10 Na versão do chamado *ativismo judicial*, conferir, por todos, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. No contexto desse ousado livro, “[...] 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 jurídica (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legislação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308.

11 Entre nós, especialmente, MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

12 As linhas gerais desse contexto ideológico podem ser captadas em CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2006; PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997; CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution-Cultura y Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997; VÉLEZ, Sergio Iván Estrada. *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín: Selo Editorial, 2007. CARBONELL, Miguel (Coord.). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007; CARBONELL, Miguel. *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008. FIGUEROA, Alfonso García. *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos: un Ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

13 Por todos, BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*, Torino: Giulio Einaudi, 1997. p. 66 e ss. Especialmente, também, BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Ainda, PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005; CARBONELL, Miguel. *Uma História de los Derechos Fundamentales*. México: Porrúa, 2005. É essa, inclusive, a percepção de um autor alemão contemporâneo. Cf. DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno-novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

14 Roman Herzog, prefácio à 1ª edição de KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press, 1997.

15 Para a relação entre História e Direito, conferir, POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2011. p. 167-202. Para a questão historiográfica do presenteísmo, isto é, a construção idealizada do passado com base em nossos contextos e rotinas atuais, NIETZSCHE, Friedrich. *Escritos sobre história*. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2005. FOUCAULT, Michel. *Ditos e Escritos II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, especialmente p. 260 e ss., NIETZSCHE, Friedrich. *a Genealogia, a história*. Tradução de Elisa Monteiro. Conferir também BLOCH, Marc. *Introdução à história*. Mira-Simtra: Publicações Europa-América, 1997. BREISACH, Ernest. *Historiography- Ancient, Medieval and Modern*, Chicago; London: The University of Chicago Press, 1994. FINLEY, M. I. *Uso e abuso da história*. São Paulo: M. Fontes, 1989. CARR, Edward Hallett, *Que é história?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo: M. Fontes, 1995. especialmente, p. 101 e ss. CERTEAU, Michel de. *A Escrita da história*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

16 Conferir DÖRNER, Bernward. *Die Deutschen und der Holocaust- Was niemand wissen wollte, aber jeder wissen konnte*. Berlin: Ullstein Buchverlage GmbH, 2007.

17 Entre tantos outros, conferir, SCHLIE, Ulrich. *Die Denkmäler der Deutschen*, Köln e Bonn: Goethe-Institut Inter Nationes, 2000, especialmente p. 85-121, *Hybris und Nemesis- In nationalsozialistischer Zeit*.

especialmente quanto ao ocorrido nos campos de extermínio. O agente definidor da reação civilizatória se desdobrou na construção do texto constitucional alemão de 23 de maio de 1949 e na criação de um tribunal defensor do núcleo e do vetor desse texto constitucional: *Die Würde des Menschen ist unantastbar*, isto é, “a dignidade da pessoa humana é inviolável”. Não se despreza, no entanto, o fato de que também houve também resistência ao nacional-socialismo<sup>18</sup>, bem como tem-se plena consciência que não se pode *afundar no pântano da culpa coletiva*<sup>19</sup>.

Retomou-se o jusnaturalismo<sup>20</sup>, radicalizando-se o afastamento para com o positivismo<sup>21</sup>, enquanto teorias compreensivas do direito. Neste artigo, compreende-se o positivismo como a ordem derrotada na guerra. A alegação de que o assalto à civilização perpetrado pelo nazismo decorreria tão somente do cumprimento de ordem legal (e maliciosamente invocada como legítima) foi o mantra que marcou a defesa da cúpula nazista no processo de Nuremberg<sup>22</sup>. Houve também vários outros julgamentos de imensa celebridade, a exemplo do Julgamento de Frankfurt<sup>23</sup>.

Os réus, todos vinculados à cúpula do nazismo<sup>24</sup>, alegaram, fundamentalmente, o cumprimento de ordens decorrentes do código de ética vigente no Exército. A defesa alegava que uma justiça de vencedores impunha retroatividade em desfavor dos réus, que apenas teriam cumprido ordens<sup>25</sup>. A acusação imputou aos réus a prática dos crimes de conspiração contra a paz, de planejamento, início e manutenção de guerra de agressão, bem como da prática de crimes de guerra e, especialmente, do cometimento de crimes contra a humanidade<sup>26</sup>. O promotor central na acusação foi o norte-americano Robert H. Jackson, então juiz na Suprema Corte dos Estados Unidos, ocupado principalmente com a criminalização das políticas de extermínio dos judeus<sup>27</sup>.

O julgamento foi precedido de intensa discussão, reveladora de forte opção política<sup>28</sup>, indicadora de uma justiça reveladora do discurso dos vencedores do conflito<sup>29</sup>. Ainda ao fim da primeira guerra mundial, conheceu-se volume grande de atrocidades, a violência nazista vinha marcada por brutalidade sem precedentes<sup>30</sup>. Em julgamento, tem-se a impressão, colocou-se a própria natureza do mal<sup>31</sup>, que ensejou uma narrativa jurídica assustadora, que denuncia conjunto de crueldades<sup>32</sup>. A linha geral de defesa centrava-se no argumento do cumprimento da lei<sup>33</sup>, situação que historicamente vinculou o positivismo às atrocidades nazistas.

18 O assunto é explorado por STEINBACH, Peter; TUSCHEL, Johannes (Org.). *Widerstand gegen den Nationalsozialismus*. Berlin: Akademie Verlag, 1994.

19 ADLER, Laure. *Nos passos de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 395.

20 Por todos, STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2011; FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven and London: Yale University Press, 1979.

21 Conferir também CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

22 Conferir MASER, Werner. *Nürnberg-Tribunal der Sieger*. Düsseldorf-Wien: Econ Verlag, 1977.

23 PENDAS, Devin O., *The Frankfurt Auschwitz Trial- 1963-1965- Genocide, History and the Limits of Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

24 Hermann Göehring, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Robert Ley, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, Kar Dönitz, Erich Raeder, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Martin Bormann, Franz von Papen, Artur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin von Neurath e Hans Fritzsche.

25 Cf. TUSA, Ann; TUSA, John. *The Nuremberg Trial*. New York: Skyhorse Publishing, 2010, p. 289 e ss.

26 Conferir CARRUTHERS, Bob (Ed.). *The Nuremberg Trials- The Complete Proceedings: the Indictment and Opening Statements*. Arden: Coda Books, 2011. v. 1.

27 Conferir CARRUTHERS, Bob (Ed.), *The Nuremberg Trials- The Complete Proceedings: the policy to exterminate the Jews*, Arden: Coda Books, 2011. v. 3.

28 Entre outros, é o que se lê na narrativa de PERSICO, Joseph E. *Nuremberg- Infamy on Trial*. New York: Penguin Books, 1994.

29 Várias compreensões sobre o Julgamento de Nuremberg, em forma de pequenos ensaios e intervenções na imprensa, com contribuições de vários autores, estão em RADLMAIER, Steffen (Ed.), *Der Nürnberger Lernprozess- von Kriegsverbrechen und Starreporten*. Frankfurt am Main: Eichborn Verlag, 2001.

30 TAYLOR, Telford. *The Anatomy of the Nuremberg Trials- a Personal Memoir*. New York: Skyhorse Publishing, 2013.

31 Cf. CONOT, Robert E. *Justice at Nuremberg*. New York: Perseus Book, 2009.

32 Cf. ROLAND, Paul. *The Nuremberg Trials- The Nazis and their Crimes against Humanity*. London: Arcturus, 2012.

33 Por todos, GOLDENSOHN, Leon. *The Nuremberg Interviews*. New York: Random House, 2004.

O positivismo, nesse sentido substancialmente negativo, foi costurado à ordem política e institucional responsável pelo holocausto. Foi necessária a concepção de um arranjo institucional de superação. Apelou-se para o jurista Gustav Radbruch (1878-1949), no contexto da chamada *fórmula de Radbruch*, segundo a qual, há possibilidade (e necessidade) de se fazer justiça, retroativamente, mesmo nas hipóteses nas quais crimes foram cometidos no contexto e limites da mais completa legalidade<sup>34</sup>; os delitos do III° Reich foram tão hediondos que a punição retroativa mostrou-se legítima e aceitável<sup>35</sup>. De Gustav Radbruch tratar-se-á mais adiante.

Identificado como uma oposição ao direito natural, o positivismo jurídico centra-se na locução *direito positivo*, de uso relativamente recente na tradição jusfilosófica ocidental<sup>36</sup>. Não há vínculos históricos ou objetivamente conceituais com o positivismo de feição sociológica, como desenvolvido em Augusto Comte, formado nas disciplinas da Escola Politécnica francesa, fundador de uma disciplina, a Sociologia, que como objeto de estudo teria como centro a totalidade da espécie humana<sup>37</sup>. Para o pensador francês criador do positivismo filosófico, a *Sociologia* seria uma *Física Social*, ciência com objeto próprio, preocupada com o estudo dos fenômenos sociais, considerados com o mesmo espírito que os fenômenos astronômicos, físicos, químicos e fisiológicos, submetidos a leis naturais invariáveis<sup>38</sup>. As semelhanças com o positivismo jurídico param por aí.

Uma relação de contrariedade para com percepção de direito natural identifica o eixo temático que caracteriza o positivismo jurídico<sup>39</sup>. Por questão de simetria, cunhou-se o termo *juspositivismo*, em oposição a *jusnaturalismo*<sup>40</sup>. À universalidade e imutabilidade do jusnaturalism, o opor-se-ia a contingência do juspositivismo; à utilidade desse último confrontar-se-ia com a moralidade daquele primeiro. Assim, com base em tradição que remonta a Paulo, o direito positivo estabeleceria aquilo que é *útil*, enquanto o direito natural ensinaria aquilo que fosse *bom*<sup>41</sup>. Do positivismo, e de Hans Kelsen, tratar-se-á mais adiante também.

No núcleo do presente ensaio, explora-se a metáfora habermasiana do *dedo em riste*, logo mais explicitada e “desenhada” com o pano de fundo da trajetória histórica alemã. Faz-se um mapeamento bibliográfico que instrumentalize o aprofundamento do argumento, com indicação de autores e temas que jogam luzes no assunto, a exemplo, principalmente, de Norbert Elias, de Bernard Schlink, de Hannah Arendt e de Karl Jaspers.

Alguma busca de simetria de informações justifica a parte final do ensaio, na qual se tem resenha do texto constitucional alemão, a explicação do modelo organizacional e decisório do Tribunal Constitucional da Alemanha, bem como da jurisprudência mais expressiva produzida por aquela Corte. Os motivos freudianos desta, na essência, fortemente sustentariam o núcleo do argumento.

## 2. A METÁFORA DO DEDO EM RISTE E AS AMBIGUIDADES DA HISTÓRIA ALEMÃ

No ensaio “*O dedo em riste: os alemães e seu monumento*” o filósofo Jürgen Habermas<sup>42</sup> problematizou a “*re-cordação autocrítica de Auschwitz*” a propósito da discussão em torno da construção de um memorial às vítimas

34 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 59.

35 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 63.

36 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p.15.

37 ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: M. Fontes, 1993. p. 75.

38 COMTE, Auguste. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1989. p. 53.

39 Conferir coletânea de ensaios editada por PASCUA, J. A. Ramos; GONZÁLEZ, M. Á. Rodilla. *El Positivismo Jurídico a Examen: estudios em homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

40 TROPER, Michel. Positivismo. In: ANDRÉ-JEAN, Arnaud. *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 608.

41 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 23.

42 A biografia intelectual de Jürgen Habermas foi explorada por Matthew G. Specter. Conferir, SPECTER, Matthew. *Habermas-an Intellectual Biography*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Nesse livro há uma apresentação de Habermas como autor de uma *síntese da teoria constitucional alemã*, p. 59-86. O tema do direito natural em Habermas é explorado em HABERMAS, Jürgen. *Teoria e práxis*. São Paulo: Unesp, 2013. p. 143-200.

do nazismo. Para Habermas, “*quem considera Auschwitz ‘nossa vergonha’ [alemã] está interessado apenas numa imagem que os outros fazem de nós [alemães], não na imagem que os cidadãos da República Federal da Alemanha formam de si mesmos, ao olharem para o passado e para a ruptura provocada na civilização, a fim de poderem olhar-se a si mesmos no rosto e readquirirem o respeito recíproco*”<sup>43</sup>.

O excerto remete-nos a uma *teoria do dedo em riste*, isto é, a grandeza histórica<sup>44</sup> e cultural alemã<sup>45</sup> (Beethoven<sup>46</sup>, Goethe<sup>47</sup>, Hegel<sup>48</sup>, Schopenhauer<sup>49</sup>, Lutero<sup>50</sup>, Thomas Mann<sup>51</sup>, Kant<sup>52</sup>, Mozart<sup>53</sup>, Schubert<sup>54</sup>, Max Weber<sup>55</sup>, entre tantos outros nomes) seria recorrentemente contrastada com os horrores do nazismo. À pátria da filosofia<sup>56</sup>, se contrasta a barbárie de um processo de descivilização.

O argumento que se apresenta sustenta que a aporia decorrente da constatação do processo descivilizatório vivido pela Alemanha ao longo da barbárie nazista foi enfrentada também mediante o esforço nacional do pós-guerra<sup>57</sup>, de natureza cultural, no sentido de se “[...] *fortalecer a identidade de uma nação respeitadora dos direitos dos cidadãos [...]*”<sup>58</sup>, ainda que Jürgen Habermas tenha marcado essa frase a propósito da finalidade e dos destinatários de um museu alemão para o holocausto, discussão que suscitou o ensaio aqui citado.

Ao impressionante papel da Alemanha no mundo científico um *dedo em riste* poderia opor a barbárie nacional-socialista. Os alemães detêm 78 prêmios Nobel, e 67 deles decorrem de pesquisas nas áreas de ciências naturais e da medicina. Conrad Röntgen, Robert Koch, Max Planck, Werner Heisenberg, Christiane Nüsslein-Volhard, Horst Störmer, Herbert Kroemer, Wolfgang Ketterle e Gerhard Ertl, todos cientistas de importância superlativa, ilustram esse rol.

43 HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 65.

44 Nesse tema, substancialmente, Conze, Werner e Hentschel, Volker, *Deutsche Geschichte*, Würzburg, Verlag Ploetz Freiburg, 1996.

45 Conferir, GÖSSMANN, Wilhelm. *Deutsche Kulturgeschichte im Grundriss*. Düsseldorf: Grupello Verlag, 2006. Bem como, no que se refere a períodos mais recentes, GLASER, Hermann. *Kleine Kulturgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*. München: Carl Hanser Verlag, 1991.

46 Há extensa bibliografia. Entre outros: WAGNER, Richard. *Beethoven*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. ROLLAND, Romain. *Vida de Beethoven*. São Paulo: Atena, 1957. SOLOMON, Maynard. *Beethoven- Vida e Obra*. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 1987.

47 Entre outros: BOERNER, Peter. *Goethe*. London: Haus Publishing, 2004. Ver também, CITATI, Pietro. *Goethe*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

48 Entre outros: PINKARD, Terry. *Hegel- a Biography*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

49 Entre outros: SAFRANSKI, Rüdiger. *Schopenhauer- e os anos mais selvagens da Filosofia*. São Paulo: Geração Editorial, 2011.

50 Entre outros, FEBVRE, Lucien. *Martinho Lutero-um Destino*. São Paulo: Três Estrelas, 2012. Ver também, LESSA, Vicente Themudo. *Lutero*. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

51 Entre outros, HAYMANN, Ronald. *Thomas Mann*. New York: Bloomsbury, 1995. e PRATER, Donald. *Thomas Mann- uma Biografia*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

52 Entre outros, KUEHN, Manfred. *Kant- a Biography*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Conferir também a coletânea coordenada por TRAVESSONI, Alexandre. *Kant e o Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, na qual há também ensaios de alguns especialistas alemães, a exemplo de Bernd Ludwig (Universidade de Göttingen), Marcus Willaschek (Universidade de Frankfurt) e Wolfgang Kersting (Universidade de Kiel), a par de especialistas brasileiros, a exemplo de Valério Rodhen (Universidade Luterana).

53 Para a trajetória singular do austríaco Wolfgang Amadeus Mozart, conferir o elegante ensaio de ELIAS, Norbert. *Mozart: sociologia de um gênio*. Rio de Janeiro: Zahar, 1995. Bem como o não menos elegante ensaio de GAY, Peter. *Mozart*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999.

54 A Viena dos tempos de Mozart e de Schubert é reconstruída por BRION, Marcel. *Viena nos tempos de Mozart e Schubert*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

55 FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 159 e ss.; DIGGINS, John Patrick. *Max Weber: a política e o espírito da tragédia*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 219 e ss.; KÄSLER, Dirk. *Max Weber: An Introduction to his Life and his Work*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 161 e ss.; BENDIX, Reinhard. *Max Weber: an intellectual portrait*. Berkeley: University of California Press, 1984. p. 285 e ss. POGGI, Gianfranco. *Weber- A Short Introduction*. Cambridge: Polity Press, 2006. p. 89 e ss.

56 Conferir PINKARD, Terry. *German Philosophy- 1760-1860: the legacy of idealism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

57 Conferir, entre outros, BÖGEHOLZ, Hartwig. *Die Deutschen nach dem Krieg- Eine Chronik- Befreit, geteilt. vereint: Deutschland 1945 bis 1995*. Hamburg: Rowolt Taschenbuch Verlag GmbH, 1995.

58 HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 66.

Dados estatísticos (de 2007) apontam para uma Alemanha pujante<sup>59</sup>: maior economia nacional da União Europeia, terceira maior economia do mundo, maior produto interno bruto de toda a Europa, na qual é o mercado mais importante. Os alemães registram o maior número de patentes na Europa; contam com a mais moderna rede de telecomunicações que há hoje em dia<sup>60</sup>. A lâmpada elétrica (Heinrich Göbel), a aspirina (Felix Hoffmann), o automóvel (Karl Benz e Gottlieb Daimler), o telefone (Philip Reis) e a bicicleta (Karl von Drais) são componentes da vida cotidiana que se relacionam ao esforço inovador e civilizatório alemão.

O contraste desse esplendor civilizatório, raramente igualado em qualquer outra experiência cultural, em face das reminiscências do horror nazista, é fato histórico que atormentou Jürgen Habermas, como sugere a passagem seguinte, mesmo que em tradução:

[...] será que nós [os alemães], que somos cidadãos da República Federal da Alemanha e que herdamos política, jurídica e culturalmente o Estado e a sociedade da ‘geração dos réus’, somos historicamente responsáveis pelas consequências de suas ações? Será que transformamos explicitamente a recordação autocrítica de Auschwitz num dos componentes de nossa autocompreensão política? Será que aceitamos como elemento de uma identidade nacional rompida a responsabilidade política inquietadora que advém aos descendentes pelo fato de os alemães terem praticado, apoiado ou tolerado uma ruptura na civilização?<sup>61</sup>

O argumento pode ser substancializado com alguma investigação em vários autores que são centrais na discussão. Norbert Elias, por exemplo, investigou as origens de uma provável recepção, por parte dos alemães e da cultura alemã, do surto descivilizador conhecido ao longo do triunfo do nacional-socialismo<sup>62</sup>. Hannah Arendt<sup>63</sup> investigou os temas do totalitarismo<sup>64</sup>, a responsabilidade pessoal sob ditaduras<sup>65</sup>, bem como suscitou intensa discussão no contexto do julgamento de Adolf Eichmann<sup>66</sup>, o que lhe valeu intensa perseguição. Há também intensa literatura produzida em tema do sionismo<sup>67</sup> e da tentativa israelense de encontrar e julgar os responsáveis pelo extermínio<sup>68</sup>.

Em “*As Origens do Totalitarismo*”, importante livro de Hannah Arendt (1906-1975), há um fragmento provocativo, que nos remete a uma reflexão sobre algumas perplexidades e paradoxos dos direitos humanos<sup>69</sup>. Esse precioso livro discute o antissemitismo, o imperialismo e, principalmente, os regimes totalitaristas<sup>70</sup>. O livro foi escrito nos Estados Unidos, originariamente em inglês (que não era a língua materna de sua autora), em contexto de muita angústia, que marcou o pós-guerra. É mais um desdobramento intelectual das denúncias que se colhiam contra o nazismo e o estalinismo. Trata-se de livro emblemático dos tempos da guerra fria. Os temas e posições que Hannah Arendt enfrentou e revelou, no entanto, são absolutamente atuais<sup>71</sup>. Há direitos humanos sem vínculo de seus titulares com alguma forma política organizada e detentora de força que os garanta?

As declarações de direitos humanos são identificadas como marcos decisivos na história: para Hannah Arendt, o homem, e não uma entidade metafísica, e nem os costumes, poderiam ser identificados como fontes exclusivas das leis e das prescrições dos comportamentos. Livre de todas as tutelas, o homem imaginário

59 Dados colhidos em *Perfil da Alemanha*, publicação do Ministério das Relações Exteriores da Alemanha. Frankfurt am Main: Societäts-Verlag, 2007.

60 Dados colhidos em *Perfil da Alemanha*, publicação do Ministério das Relações Exteriores da Alemanha. Frankfurt am Main: Societäts-Verlag, 2007.

61 HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 63.

62 ELIAS, Norbert. *Os Alemães - a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1997.

63 Do ponto de vista biográfico, conferir SONTHEIMER, Kurt. *Hannah Arendt*. München: Piper Verlag GmbH, 2005.

64 ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego, New York and London: Harvest Book, 1976.

65 ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

66 ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem, a report on the banality of evil*. New York: Penguin Books, 2006.

67 Por todos, e no essencial, HERTZ, Theodor. *L'État des Juifs*. Paris: La Découverte-Poche, 1990.

68 WIESENTHAL, Simon. *O Caçador de nazistas*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1967.

69 ARENDT, Hannah. *As Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 395 e ss.

70 O tema dos direitos humanos em Hannah Arendt foi explorado por LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

71 O tema dos direitos humanos em Hannah Arendt foi explorado por LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

da tradição iluminista — na qual triunfou a agenda dos direitos humanos — percebeu que a maioria o alcançava. No entanto, no ambiente de uma sociedade emancipada e secularizada, havia uma implicação que incomodava: a invocação de direitos humanos, por parte de seus destinatários, exigiria a mediação do Estado. Esse o núcleo do argumento de Hannah Arendt, nesse provocante excerto.

Ao homem se outorgou uma soberania em questões de lei (os direitos humanos são para os homens garantidos), enquanto ao povo (ainda que tomado de modo ficcional) se definiu uma soberania em questões de governo. Consta-se, então, mais um paradoxo: as declarações de direitos humanos dirigem-se a um ser humano abstrato, que não existiria em parte alguma, justamente porque existia em todas as partes e lugares. Selvagens das mais remotas paragens deteriam esses direitos, ainda que não se explicasse exatamente para quê. Por isso, provocou Hannah Arendt, a questão dos direitos humanos deveria considerar um contexto político de emancipação nacional: apenas uma soberania nacional teria capacidade de assegurar a fruição do rol desses direitos, não para um ser abstrato; o destinatário é o titular de nacionalidade que garanta esses direitos, por intermédio de arranjos institucionais, dotado de poder de coerção<sup>72</sup>.

Imaginaria e originalmente inalienáveis, porque concebidos para serem independentes de todos os governos, os direitos humanos perderiam o sentido prático, na exata medida em que seres humanos desprovidos de vínculos políticos próprios de cidadania não contariam com governos que protegessem direitos disponibilizados pelas declarações do século XVIII. Apátridas e membros de minorias, afirmou Arendt, não deteriam direitos em seu sentido fático e elementar, porquanto lhes faltaria um governo estabelecido que os defendesse. Nesse rol, ao longo da segunda guerra mundial, poloneses, judeus e alguns russos (inclusive aristocratas)<sup>73</sup>.

Idealistas, filantropos e juristas levavam a frente o tema dos direitos humanos, assunto que até o fim do século XIX ainda não fora incorporado aos projetos dos grandes partidos políticos. Arendt constatou um tratamento marginal<sup>74</sup>. Direitos civis se confundiam com os direitos humanos, na gramática jurídica do século XIX; isto é, os seres humanos que contavam com alguma proteção eram justamente os cidadãos que viviam em seus próprios Estados. Por isso, problematizava Arendt, os direitos humanos seriam inexequíveis quando os respectivos titulares não detinham cidadania<sup>75</sup>. Para tudo prestariam, mas para nada serviriam, na medida em que seus destinatários putativos não detivessem meios para reivindicá-los.

Quando as grandes tragédias engendradas pela política redundaram na perda de proteção estatal, os apátridas que perambulavam pela Europa viram-se em situação mais delicada do que a vivida pelos estrangeiros inimigos. Segundo Hannah Arendt, os refugiados eram perseguidos pelo que eram (raça ou condição econômica, a exemplo dos judeus, dos ciganos ou dos aristocratas russos) ou pelo que pensavam ou acreditavam (anarquistas, democratas, insatisfeitos, ortodoxos)<sup>76</sup>.

As fórmulas norte-americanas (vida, liberdade e procura da felicidade) e francesas (igualdade perante a lei, liberdade, proteção à propriedade e soberania nacional) eram inoperantes para quem não contasse com um governo para defendê-las<sup>77</sup>. O problema dos refugiados não era — necessariamente — a igualdade perante a lei; o que os afetava, efetivamente, era a ausência de lei. Ninguém, ou nenhum governo, reclamaria proteção sobre direitos de quem não comprovasse vínculos justificativos de alguma medida de intervenção<sup>78</sup>. Comparativamente, Arendt nos remete à liberdade de opinião de um encarcerado: esta é fútil; nada que o encarcerado pensa teria alguma importância. Resumidamente: não haveria proteção para quem perdesse uma relação comunitária politicamente reconhecida<sup>79</sup>.

72 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 396.

73 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 397.

74 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 398.

75 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 399.

76 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 400.

77 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 401.

78 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 402.

79 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 403.

A sensação de perda de laços com a comunidade política resultaria em uma sumária expulsão da própria humanidade. Os direitos humanos, assim, deixariam de persistir, justamente porque dependentes de uma pluralidade humana organizada<sup>80</sup>. Hannah Arendt reconhecia que essas ideias qualificavam uma confirmação tardia (e irônica) dos argumentos de Edmund Burke (1729-1797)<sup>81</sup>, avatar dos conservadores, crítico mais veemente do ideário da revolução francesa<sup>82</sup>, para quem os governos não são criados em virtude dos direitos naturais<sup>83</sup>. Burke foi impugnado por Thomas Paine (1737-1809), inglês, que viveu nos Estados Unidos, conhecido entusiasta defensor dos direitos do homem<sup>84</sup>.

Burke condenava a abstração simbólica da agenda dos direitos humanos; preferia uma herança histórica vinculada (uma ligação política com uma entidade que conferia e que garantia direitos) do que uma formulação ideal de direitos inalienáveis do homem. Arendt remete-nos a Burke, para quem os direitos emanam de uma organização política, e não de alguma lei natural, e muito menos de algum mandamento divino<sup>85</sup>.

A perda de direitos, decorrentes da perda de liames políticos, resultaria na impossibilidade de se poder invocar proteção a direitos humanos, validando-se, pragmaticamente, as premonições de Burke<sup>86</sup>. Por isso, afirmou Arendt, os sobreviventes dos campos de concentração entenderam que “a nudez abstrata de serem unicamente humanos era o maior risco que corriam”<sup>87</sup>.

Os direitos humanos (ou qualquer outra garantia, a exemplo da igualdade), segundo Hannah Arendt, ao contrário de quase tudo que afeta a existência humana, não é um dado, mas o resultado da ação de organização humana, ainda que orientada para princípios de justiça. Para Arendt, não se nasce igual, torna-se igual. O pertencimento a um grupo politicamente organizado é que garante essa decisão e essa constatação<sup>88</sup>.

Quanto se reduz o ser humano a um estado de necessidade bruta e de selvageria, desprovido de qualquer forma de proteção estatal, a agenda dos direitos humanos é um dado flutuante em um espaço inexistente. A inserção de todos os seres humanos, nesse âmbito de proteção, é a tarefa de nossa geração, que se realiza por medidas políticas e econômicas de emancipação e de inserção. É, ao mesmo tempo, o nosso desafio, e a nossa redenção.

Giorgio Agambem problematizou o *estado de exceção*<sup>89</sup>, a partir das narrativas de Primo Levi, cujas memórias são absolutamente perturbadoras, a exemplo do que se lê em seguida:

Imagine-se, agora, um homem privado não apenas dos seres queridos, mas de sua casa, seus hábitos, sua roupa, tudo, enfim, rigorosamente tudo que possuía; ele será um ser vazio, reduzido a puro sofrimento e carência, esquecido de dignidade e discernimento — pois quem perde tudo, muitas vezes perde também a si mesmo; transformado em algo tão miserável, que facilmente se decidirá sobre sua vida e sua morte, sem qualquer sentimento de afinidade humana, na melhor das hipóteses considerando puros critérios de conveniência. Ficará claro, então, o duplo significado da expressão ‘Campo de Extermínio’, bem como o que desejo expressar quando digo: chegar ao fundo<sup>90</sup>.

O tema do *estado de exceção*, explorado por Agambem, é uma busca de compreensão do que fora vivido pelos sobreviventes dos campos de extermínio<sup>91</sup>, o que as referências de Primo Levi sugerem como uma situação absolutamente brutal e distante de qualquer possibilidade de explicação racional:

80 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 405.

81 Edmund Burke foi biograficamente tratado em KIRK, Russell. *Edmund Burke: A Genius Reconsidered*. Wilmington: ISI Books, 2009.

82 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 407.

83 Cf. BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: UnB, 1997. p. 89.

84 PAINE, Thomas. *Os direitos do homem*. Petrópolis: Vozes, 1989.

85 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 408.

86 Cf. Arendt, Hannah, cit., loc. cit.

87 Arendt, Hannah, cit., loc. cit.

88 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 410.

89 AGAMBEM, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2008.

90 LEVI, Primo. *É isto um homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 33.

91 AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2003. Essa memorialística também pode ser explorada em RASHKE, Richard. *Fuga de Sobibor*. Porto Alegre: 8Inverso, 2011.

São poucos os homens que sabem enfrentar a morte com dignidade, e nem sempre são aqueles de quem poderíamos esperar. Poucos sabem calar e respeitar o silêncio alheio. Frequentemente, o nosso sono inquieto era interrompido por brigas barulhentas e fúteis, por imprecações, por socos e pontapés largados às cegas, reagindo contra algum contato incômodo, mas inevitável. Então alguém acendia a chama mortífera de uma vela, revelando no chão um escuro fervilhar, uma massa humana confusa e contínua, entorpecida e sofrendo, erguendo-se aqui e acolá em convulsões repentinas, logo sufocadas pelo cansaço<sup>92</sup>.

A expansão totalitária em escala global<sup>93</sup> provoca preocupações para com a continuidade do estado de exceção, que se faz regra, justamente porque permanente e autojustificativo. Para Agamben, o estado de exceção fez-se um paradigma de governo<sup>94</sup>, no sentido que a expressão sugere na língua grega: um modelo. Agamben reconhece a falta de uma teoria do estado de exceção objetivamente consistente no direito público contemporâneo<sup>95</sup>; não se definiu, ainda, se o estado de exceção seria questão de fato, ou problema jurídico, ainda que se compreenda que a matéria encontra-se em área de intersecção entre o jurídico e o político<sup>96</sup>. Transita-se em uma “*terra de ninguém*”, onde há a presença (e a ausência) do direito público e do fato político<sup>97</sup>. O estado de exceção, prossegue Agamben, relaciona-se estreitamente com a guerra civil, com a insurreição e com a resistência<sup>98</sup>. Haveria, assim, um perigoso e impreciso contexto ideológico, de satanização, e ao mesmo tempo de canonização do estado de exceção.

O estado de exceção também resulta, segundo Agamben, da erosão dos poderes legislativos do parlamento<sup>99</sup>, passivo e impotente, o que possibilita o ativismo da magistratura. No estado de exceção o executivo veste-se na qualidade de guardião da Constituição, na intuição de Carl Schmitt<sup>100</sup>, situação que se realizou de modo fático na Alemanha do entre guerras, por força da aplicação do art. 48 da Constituição de Weimar<sup>101</sup>.

Para Agamben o estado de exceção encontra raízes conceituais na figura do “*institutos*” do direito público romano clássico. Nessa situação, dois cônsules governavam com base em um decreto baixado pelo Senado<sup>102</sup>. Suspendiam-se direitos, uma vez reconhecida uma transitória situação que exigia enfrentamento, e que a refinada nomenclatura da casuística juspublicista romana denominava de “*tumultus*”, expressão mantida pelas línguas neorromânicas, com o mesmo sentido originário. Legalizava-se a ditadura<sup>103</sup>.

O estado de exceção, assim, seria instrumento de combate a uma necessidade<sup>104</sup>. E é justamente aí que reside o perigo. Ainda que em sua feição contemporânea decorra da teorização do direito público da tradição democrático-revolucionária, e não da tradição absolutista<sup>105</sup> — é um tema de Robespierre, e não de Hobbes — o estado de exceção, “*impunemente, mediante a violência governamental, afasta o aspecto normativo do direito, eliminando-o*”<sup>106</sup>. Assim, para Agamben, o totalitarismo faz do estado de exceção uma situação que apresenta um conteúdo aparente de legalidade<sup>107</sup>. Por isso, assusta-nos a passagem de Agamben, para quem, “*o estado de exceção apresenta-se [...] como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo*”<sup>108</sup>.

92 LEVI, Primo. *É isto um homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 19.

93 A expressão é de Flávia Costa, em entrevista a Giorgio Agamben, publicada na Revista do Departamento de Psicologia da Universidade Federal Fluminense, v. 18, n. 1, jan./jun. 2006.

94 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

95 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 11.

96 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

97 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 12.

98 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

99 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 19.

100 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 29.

101 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 23.

102 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 27.

103 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 75.

104 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 41.

105 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 16.

106 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 131.

107 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 13.

108 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.



Constata-se o oxímoro da “*ditadura constitucional*”, formulado por Carl Schmitt; o estado de exceção permite que o executivo detenha plenos poderes, expressão que, segundo Agamben, decorre do “*verdadeiro laboratório da terminologia jurídica moderna do direito público: o direito canônico*”. No estado de exceção decretos são promulgados com força de lei<sup>109</sup>. Regula-se por lei o que não pode ser normatizado<sup>110</sup>.

O estado de exceção revela-se, em seu sentido formal, como um espaço jurídico vazio<sup>111</sup>, o que o descaracterizaria como instrumento de ditadura. Porém, as teorizações com as quais contamos não explicitam se o estado de exceção estaria dentro ou fora do ordenamento<sup>112</sup>. A suspensão do ordenamento vigente, para a garantia de sua sobrevivência, acentua Agamben, não suscita uma resposta a uma lacuna normativa; o estado de exceção “*apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal*”<sup>113</sup>.

O estado de exceção revela-se como absolutamente perigoso, na medida em que anula o estado jurídico do indivíduo, a exemplo do que ocorrera com aquelas que foram alcançadas por medidas de exceção norte-americanas<sup>114</sup>. Nesse sentido, anulando a “*potestas*”, isto é, o elemento normativo e jurídico da política, em favor da “*auctoritas*”, nomeadamente, o elemento anômico e metajurídico dos arranjos institucionais<sup>115</sup>, o estado de exceção é o instrumento que denuncia a suspeita matriz comum entre democracia e totalitarismo, instâncias que o provocativo Agamben concebe em um contexto de íntima solidariedade<sup>116</sup>.

O assunto pode ser avançado também com a discussão em torno do *estado de exceção* em Carl Schmitt<sup>117</sup>, a par, naturalmente, da relação desse notável constitucionalista alemão com o nazismo<sup>118</sup> ou, ainda, e de modo mais radical, o tema das relações dos intelectuais com o poder<sup>119</sup>. Essa relação, que eventualmente amalgamou o conservadorismo com o antiliberalismo, é também de preocupação muito recorrente nas Ciências Sociais<sup>120</sup>.

Carl Schmitt é reputado como o *Kronjurist*; nasceu na Westphalia, em 1888, onde morreu, em 1985. Lecionou nas Universidades de Greifswald (1921), Bonn (1922), Colônia (1933) e Berlim (1933-45)<sup>121</sup>. Deixou alguns discípulos que também se destacaram no direito público alemão, a exemplo de Ernest Forsthoff. Para Schmitt, a teoria do Estado seria uma teologia secularizada, por intermédio da qual o Deus onipresente fora substituído pelo legislador onipotente. A jurisprudência estaria para o direito, exatamente como o milagre

109 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 17.

110 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 22.

111 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 78.

112 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 38.

113 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 48.

114 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 14.

115 Esses conceitos estão em AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 130.

116 Essa percepção é encontrada em pergunta de Flávia Costa feita a Giorgio Agamben na entrevista acima citada.

117 SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Massachusetts and London: The MIT Press, 1988.

118 Nesse tema, conferir, RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt in el Tercer Reich*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

119 Conferir, nesse pormenor, GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000, p. 15. Gramsci inicia seu texto sobre os intelectuais indagando se “*os intelectuais são um grupo autônomo e independente, ou [se] cada grupo social tem uma sua própria categoria especializada de intelectual*”. Cf. também BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010; BOBBIO, Norberto. *Os Intelectuais e o Poder*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997; POSNER, Richard. *Public Intellectuals- A Study of Decline*. Cambridge: Harvard University Press, 2004; SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. São Paulo: Realizações, 2011; SANTOS, João de Almeida. *Os intelectuais e o poder*. Lisboa: Fenda, 1999.

120 A exemplo de Oliveira Vianna e de Marcelo Caetano. Cf. BOMENY, Helena. Antiliberalismo como convicção: teoria e ação política em Francisco Campos. In: LIMONCIC, Flávio; MARTINHO, Carlos Palomanes. *Os intelectuais do antiliberalismo: projetos e políticas para outras modernidades*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 263-316. Conferir também para um estudo do *antiliberalismo*, HOLMES, Stephen. *The Anatomy of Antiliberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; Stephen Holmes classifica Roberto Mangabeira Unger como um antiliberal (p. 141 e ss.). Necessária comparação entre Francisco Campos e o pensamento de Carl Schmitt. Cf. MOUFFE, Chantal. (Ed.). *The Challenge of Carl Schmitt*. London: Verso, 1999; SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1996; SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1985.

121 Conferir BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. *O Pensamento Alemão no Século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2013. v. 1. p. 83-122.

estaria para a teologia. Na essência, e esse o núcleo do dogma antiliberal de Carl Schmitt, “soberano é quem decide no estado de exceção”<sup>122</sup>.

Alguma ambiguidade para com o nazismo é descortinada na impressionante narrativa memorialística de Albert Speer<sup>123</sup>. No caso específico de Albert Speer, há discussão intensa em torno de uma culpa efetivamente vivida<sup>124</sup> ou eventualmente construída como uma linha de defesa, forjadora da imagem do *bom nazista*<sup>125</sup>; emblemático, nesse sentido, o pronunciamento final de Speer em Nuremberg, no qual a par da admissão da culpa há também um alerta para com os perigos do uso dos meios de informação por parte de regimes ditatoriais<sup>126</sup>. Os arranjos institucionais do nazismo foram estudados por Franz Neumann<sup>127</sup>, H.W. Koch<sup>128</sup> e Ingo Müller<sup>129</sup>.

Há insumo de memorialística em Walter Benjamin<sup>130</sup>, autor central na tradição crítica da Escola de Frankfurt, a propósito de infância vivida em Berlim, no início do século XX<sup>131</sup>. O ambiente que antecedeu ao nazismo, pode ser colhido em interessante biografia de Albert Einstein<sup>132</sup>, bem como em intrigante ensaio de Peter Gay<sup>133</sup>. A relação de acadêmicos alemães com o nazismo é particularmente interessante no caso de Martin Heidegger<sup>134</sup>, situação que justifica discussões em torno das relações entre filosofia e ideologia<sup>135</sup>, em contexto de renúncia do conceito de verdade e de alguma realidade objetiva<sup>136</sup>.

Quanto ao tema do nazismo propriamente dito, há farta literatura que explora vários aspectos do chamado III<sup>o</sup> Reich. Entre outros, há o clássico de William Shirer<sup>137</sup>, a par da exposição sintética de Jackson J. Spielvogel<sup>138</sup> e do contundente conjunto de relatos que compõem a edição de *Vozes do Terceiro Reich*<sup>139</sup>. Deve-se conhecer também os estudos de Richard J. Evans relativos à ascensão<sup>140</sup> e a implantação do nazismo<sup>141</sup>. A organização do modelo processual penal alemão é tema afeto a Edmund Mezger, estudado por Francisco Muñoz Conde<sup>142</sup>.

O nacional-socialismo buscava justificação jurídica nos princípios de *Gleichstung* (comprometimento) e de *Führerprinzip* (obediência ao líder político)<sup>143</sup>. Desenvolveu-se poder autoritário de cunho carismático que manipulava e humilhava, mesmo à distância. Tinha-se premissa de um Direito como força resultante do poder e da violência. O nazismo revelava uma ideologia, exatamente no sentido de que ideologias não têm

122 Cf. SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

123 SPEER, Albert. *Inside the Third Reich, Memoirs by Albert Speer*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 1969.

124 SPEER, Albert. *Spandau: o diário secreto*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977.

125 SERENY, Gitta. *Albert Speer: his Battle with Truth*. New York: Alfred A. Knopf, 1995.

126 Conferir MARRUS, Michael R. *The Nuremberg War Crimes Trial- 1945-46- a Documentary History*. Boston: St. Martin's; New York: Bedford, 1997. p. 224-ss.

127 NEUMANN, Franz. *Bebemoth. The Structure and Practice of National Socialism- 1933-1944*. New York: Harper, 1963.

128 KOCH, H. W. *In the name of the Volk- Political justice in Hitler's Germany*. New York: Barnes and Noble, 1999.

129 MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice- the Courts of Third Reich*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

130 Conferir GAGNEBIN, Jeanne-Marie. Walter Benjamin: estética e experiência histórica. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. *O pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p. 175-200.

131 BENJAMIN, Walter. *Obras Escolhidas II: rua de mão única*. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 71-142.

132 LEVENSON, Thomas. *Einstein em Berlim*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

133 GAY, Peter. *Weimar Culture- The outsider as insider*. New York: W. W. Norton; London: & Company, 2001.

134 Conferir MARTIN, Bernd. *Martin Heidegger und das Dritte Reich: Ein Kompendium*, Darmstadt: Wiss. Buchges, 1989.

135 Conferir EBELING, Hans. *Martin Heidegger: Philosophie und Ideologie*. Hamburg: Rowohlt's Enzyklopädie, 1991.

136 Conferir LOPARIC, Zeljko. Martin Heidegger e os fundamentos da existência. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. *O pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2013. v. 1. p. 143.

137 SHIRER, William. *The Rise and Fall of the Third Reich, a History of Nazi German*. Greenwich: Fawcett, 1960.

138 SPIELVOGEL, Jackson. *Hitler and Nazi Germany: a History*. New Jersey: The Pennsylvania State University, 2004.

139 STEINHOFF, Johannes; PECHER, Peter; SHOWALTER, Dennis. *Voices from the Third Reich*. Washington: Da Capo Press, 1994.

140 EVANS, Richard. *The Coming of the Third Reich*. London: Penguin Books, 2003.

141 EVANS, Richard. *The Third Reich in Power: How the Nazis Won Over the Hearts and Minds of a Nation*. London: Penguin Books, 2006.

142 Conferir CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

143 Conferir BECK, C. H. *Das Dritte Reich: Herrschaftsstruktur und Geschichte*. München: Beck, 1983.

histórias; ideologias fabricam histórias imaginárias. É fenômeno complexo que privilegia a aparência das coisas. Encobre ou dificulta o conhecimento da realidade social, não deixando-nos vê-la como é. Assegura determinadas relações dos homens entre si, camuflando diferenças, assegurando coesões, promovendo a aceitação sem críticas das tarefas mais penosas.

A fuga do nazismo é tema de algum modo explorado em autobiografia de Karl Popper<sup>144</sup>. Karl Popper não admitia viver no ambiente normativo hitlerista, o qual quebrou tradição constitucional de fundamentação positiva, deslocando-se o epicentro da norma fundamental hipotética. A herança constitucionalista sofreu solução de continuidade, com paradoxal justificação positivista. O respeito à norma jurídica (*Rechtsnorm*) impediu a indagação da proposição justificativa (*Rechtssatz*). Quebrou-se a tradição, sob o lema da ordem e do respeito à tradição. Houve antinomia entre autoridade da lei antecedente e poder carismático do Führer; esse absorveu aquela.

O processo de desnazificação foi estudado, entre outros, por Pól O'Dochartaigh<sup>145</sup>. A concepção e o desenvolvimento da corte constitucional alemã, entre outros, foi estudada por Nigel Foster e Satish Sule<sup>146</sup>. A organização da corte constitucional alemã também foi estudada por Leonardo Martins<sup>147</sup> e por Luís Afonso Heck<sup>148</sup>, brasileiros que pesquisaram na Alemanha. A história constitucional alemã foi explorada por H. W. Koch<sup>149</sup>; os textos constitucionais são apresentados por Elmar M. Hucko<sup>150</sup>. Há, também, expressivo excerto que retoma os principais pontos da histórica constitucional alemã em Klaus Stern<sup>151</sup>. Uma síntese da história alemã é o tema do livro de Mary Fulbrook<sup>152</sup>. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão é estudada por Jürgen Schwabe, em coletânea para o português organizada por Leonardo Martins<sup>153</sup>.

A discussão também chegou ao cinema, dado que questões relativas à germanística e aos problemas vividos pela Alemanha são recorrentes na chamada sétima arte. Leni Riefenstahl notabilizou-se por dirigir *O Triunfo da Vontade* (*Triumph des Willens*), que lhe rendeu o Festival de Veneza de 1936 e a acusação de ser a cineasta de Hitler. O diretor italiano Roberto Rossellini rodou *Alemanha Ano Zero*, clássico do neorealismo italiano. A linha argumentativa do filme se desdobra entre os vários dramas da reconstrução alemã. *O Leitor*, baseado no elogiadíssimo *Der Vorleser*, de Bernhard Schlink, retoma o tema da culpa; pode-se afirmar que o personagem central, Michael Berg, consubstancia as ambiguidades da própria Alemanha. *Vida dos Outros- Das Leben der Anderen*, dirigido por Florian Henckel von Donnersmarck explora o jogo de influências e opressões que marcou a Alemanha Oriental na década de 1980. Esses dois últimos filmes serão resenhados ao longo do presente ensaio.

### 3. O TEMA DA CULPA E A RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE NACIONAL ALEMÃ NOS PÓS-GUERRA

Sigmund Freud já havia evidenciado a angústia decorrente da constatação de que a cultura não seria aperfeiçoamento, perfeição ou sublime manifestação da condição humana<sup>154</sup>. Essa angústia fora talvez vivi-

144 POPPER, Karl. *Búsqueda sin término: una autobiografía intelectual*. Madrid: Tecnos, 2002. especialmente p. 141-148.

145 O'DOCHARTAIGH, Pól. *Germany since 1945*. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

146 FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. especialmente p. 159-283.

147 MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

148 HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012.

149 KOCH, H. W. *A constitutional history of germany in the nineteenth and twentieth centuries*. London and New York: Longman, 1984.

150 HUCKO, Elmar M. *The democratic tradition, four german constitutions*. Oxford: BERG, 1989.

151 STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 197-201.

152 FULBROOK, Mary. *A Concise History of Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

153 SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Berlim; Montevidéu: Konrad-Adenauer Stiftung E. V., 2005.

154 Cf. FREUD, Sigmund. Civilization and its Discontents. In: GAY, Peter. (Ed.). *The Freud Reader*. New York; London: Norton & Company, 1995. Há várias traduções em português. Entre outras, FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização*. Lisboa: Imago;

da pessoalmente pelo psicanalista de Viena que, fugindo à fúria nazista, se deslocou até a Inglaterra, onde faleceu. Particular e pessoalmente assaltado pela estupidez do antissemitismo (como estúpida e insultosa é toda forma de xenofobia), Freud alistou-se entre os descontentes com a civilização. A promessa iluminista da libertação humana pela racionalidade foi desmentida com a agonia vivida nos campos de concentração e com as bombas assassinas que mataram civis, mulheres e crianças, naquela que foi a maior carnificina da história. É esse último aspecto, em resumo, o tema central das investigações da Escola de Frankfurt<sup>155</sup>, da qual Jürgen Habermas é um membro bem mais jovem.

Não se pode negar que o ceticismo do pai da psicanálise em grande parte se deve à depressão econômica de 1929 bem como na ascensão do nazismo na Alemanha. Freud denunciou um conflito do homem com a civilização, opondo liberdade e imaginária igualdade. Ao fim da vida, sua fuga de Viena parece confirmar tanta premonição<sup>156</sup>. É este o grande tema de *Das Unbehagen in der Kultur*, que alguns traduzem como *O Mal-Estar na Civilização*, outros como *O Mal-Estar na Cultura*, e outros (principalmente da tradição norte-americana) como *A Civilização e seus Descontentes*. A crítica de Freud aos conteúdos simbólicos da vida civilizada (assunto que ele aprofundou em *O Futuro de uma Ilusão*) é também muito forte em relação a percepções de religião

Bernhard Schlink, professor, que foi juiz de uma corte constitucional alemã, constitucionalista, historiador do direito, também autor de notável obra de ficção, discutiu o tema da culpa vivida pelos alemães no contexto da ambiguidade entre jusnaturalismo e juspositivismo<sup>157</sup>, especialmente no que se refere ao papel do direito na superação desse sentimento<sup>158</sup>.

O acerto de contas com o passado é uma obsessão em Bernhard Schlink, que nasceu em 1942, isto é, três anos antes do fim da guerra. Bernhard Schlink tratou a angústia faústica do *domínio do passado* (*Vergangenheitsbewältigung*) como uma impossibilidade humana. Para Bernhard Schlink, o passado não pode ser dominado; pode ser lembrado, esquecido, reprimido; pode ser vingado, punido, modulado; pode ser motivo e fundamento de arrependimento; pode ser repetido, consciente ou inconscientemente; suas consequências podem gerenciadas; pode ser encorajado ou desencorajado; pode ser monitorado no que se refere a seu impacto, no presente ou no futuro; o que está feito, porém, não pode ser alterado: o passado é inacessível e irrevogável<sup>159</sup>.

O pavor com a repetição do passado é também tema de intrigante filme alemão, refiro-me a uma última versão, de 2008, dirigido por Dennis Gansel, e denominado de *A Onda* (*Die Velle*, no original). Estrelado por Jürgen Vogel, Frederick Lau, Max Riemelt, Jennifer Ulrich, entre outros, trata-se de drama centrado em um professor alemão entediado, a quem a direção da escola determina que leccione sobre totalitarismo.

A culpa coletiva, a presença ameaçadora do passado, a possibilidade (ou impossibilidade) do direito apreender e dominar o que já ocorreu, bem como a esperança do perdão e da reconciliação são permanentes questões que orientam o trabalho de Bernhard Schlink, ficcional e ensaístico, para quem:

Quando falamos da culpa para com o passado, não estamos pensando em indivíduos, ou mesmo em organizações, porém antes em uma culpa que infecta toda uma geração que vive uma era — e no senso de uma era, ela mesma. E mesmo quando essa era já se foi, ela projeta uma sombra longa sobre

Relógio D' água Editores, 2008. Tradução de Isabel Castro Silva. Cf. também RIEFF, Philip. *Freud: the mind of of the moralista*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, interessante estudo a propósito da teoria política de Sigmund Freud, a partir de uma investigação das concepções morais do pai da Psicanálise. Cf. ROAZEN, Paul. *Freud- Political & Social Thought*. New Brunswick & London: Transaction Publishers, 1999.

155 WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School- its History, Theories and Political Significance*. Cambridge: The MIT Press, 1995; JAY, Martin. *The Dialectical Imagination: a History of the Frankfurt Scholl and the Institute of Social Research- 1925-1950*. Berkeley: University of California Press, 1996. HELD, David. *Introduction to Critical Theory: Horkheimer to Habermas*. Berkeley: University of California Press, 1980.

156 Cf. COHEN, David. *A Fuga de Freud*. Rio de Janeiro: Record, 2010.

157 Cf. SCHLINK, Bernhard. *Der Vorseler*. Zürich: Diogenes Taschenbuch, 1997.

158 Cf. SCHLINK, Bernhard. *Guilt about the past*, cit.

159 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 43. No original: “*What is past cannot be mastered. It can be remembered, forgotten or repressed. It can be avenged, punished, atoned for and regreted. It can be repeated, consciously or unconsciously. Its consequences can be managed either to encourage or discourage their impact on the present or the future. But what is done is done. The past is unassailable and irrevocable.*”

o presente, afetando com o sentimento de culpa, de responsabilidade e de autoquestionamento as gerações mais recentes<sup>160</sup>.

Isto é, no problema historiográfico tratado neste artigo, o pensamento em alguma culpa coletiva do passado é a referência a uma culpa que afeta toda uma geração<sup>161</sup>, especialmente no contexto de um grupo que nasceu e que viveu a primeira infância entre 1914-1933<sup>162</sup>. Com o fim do IIIº Reich, o ônus da culpa para com o passado tornou-se uma experiência existencial alemã, um tópico recorrente na vida cultural desse país<sup>163</sup>; haveria, assim, um culpa coletiva vivida por toda uma geração. Esse sentimento, de algum modo, exigia um enfrentamento e uma sublimação, situação que pode ter engendrado positivamente na concepção da dogmática dos direitos fundamentais. A busca de uma sensação de solidariedade existencial e cultural, negadora de um passado brutal, conectou a superação de um trauma por uma ética de responsabilidade<sup>164</sup>. De um modo assustadoramente realista, Bernhard Schlink colocou o problema nos termos seguintes, em tradução livre minha:

[...] Os crimes cometidos antes de 1945 não incluem apenas executores, incitadores e praticantes de atos acessórios; houve também aqueles que eram completamente capazes de resistência e oposição, mas que nada fizeram. Depois que foram cometidos havia a possibilidade de se manter ou se retirar a solidariedade para com esses crimes. Os criminosos e aqueles que de algum modo estavam envolvidos tinham a possibilidade de se manter no círculo daqueles que eram solidários com os crimes, ou se retirar desses grupos. Uma perspectiva histórico-jurídica demonstra que os atos de recusa de renúncia, de recusa de julgamento ou de recusa de repúdio carrega uma culpa própria em si mesma<sup>165</sup>.

Para Bernhard Schlink, são culpados, de alguma forma, também todos aqueles que não ofereceram forma de oposição<sup>166</sup>. Em passo de marcante relato geracional, Schlink lembrou que faz de um grupo de pessoas que nasceu nos últimos anos da guerra, que cresceu na República Federal da Alemanha, que junto com esse grupo passou por um mundo intato da década de 1950, que se cansaram dessa estabilidade e dessa mesmice e se rebelaram na década de 1960, quando se politizaram, que na década de 1970 esse grupo avançou na vida profissional, e que, na década de 1990, esse grupo alcançou importantes postos na política, no governo, na economia, na educação e na mídia; em poucos anos, arrematou Schlink, *sua estrela deixaria de brilhar...*<sup>167</sup>

O passado teria dimensionado o modo como a geração de Schlink compreenderia a liberdade, a igualdade e um sistema justo de governo<sup>168</sup>, e foi essa geração que esteve à frente do Tribunal Constitucional, dos postos mais importantes no governo, das cátedras de Direito Constitucional e Administrativo, da aplicação da Lei Fundamental de 1949. Essa geração cresceu e foi formada sob forte influência das reminiscências do IIIº Reich e do holocausto<sup>169</sup>. Na raiz do problema, ainda segundo Schlink, em tradução livre minha:

O que é ao mesmo tempo historicamente único e persistentemente perturbador sobre o holocausto é que a Alemanha, com sua herança cultural e lugar definido entre as nações civilizadas, foi capaz desse tipo de atrocidade. Isso levanta questões perturbadoras: se a camada de gelo que envolve uma civilização culturalmente avançada, sobre a qual alguém com segurança se rejubila, fora de fato uma camada tão

160 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 1. No original: “When we speak of guilt about the past, we are not thinking about individuals, or even organisations, but rather a guilt that infects the entire generation that lives through an era- and in a sense the era itself. Even after the era is past, it casts a long shadow over the present, infecting later generations with a sense of guilty, responsibility and self-questioning”.

161 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 1.

162 Conferir KLEINDIENST, Jürgen. *Zwischen Kaiser und Hitler- Kindheit in Deutschland- 1914-1933*. Berlin: Zeitgut Verlag GmbH, 2006.

163 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., loc. cit.

164 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 13.

165 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 15. No original: “[...] The crimes committed before 1945 did not include only perpetrators, inciters, and accessories to the crimes: there were also those who were fully capable of resistance and opposition but did nothing. After the crimes had been committed it was possible to either maintain or withdraw solidarity from them. The perpetrators and those who were implicated in one way or another in the crimes could have either remained within the circle of solidarity or have been cast out of it. The legal historical perspective shows that the act of not renouncing, not judging and not repudiating carries its own guilty with it”.

166 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 17.

167 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 23.

168 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 24.

169 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 25.

fina naquele tempo, pergunta-se quão forte seria essa camada de gelo sobre a qual hoje se vive. O que nos protege contra o fato de que essa camada pode-se quebrar e que podemos cair? A moralidade individual? As instituições sociais e estatais? Essa camada de gelo se tornou mais grossa com o tempo ou a passagem do tempo apenas nos permitiu que esqueçamos o quão fina é essa camada na realidade?<sup>170</sup>

Esse problema se coloca sobre várias outras e inusitadas formas. Schlink lembra que, à época da reunificação da Alemanha, discutia-se se os magistrados que atuavam na Alemanha Oriental permaneceriam a frente de suas respectivas jurisdições<sup>171</sup>. Havia intensa oposição, por parte dos juízes que atuavam na Alemanha Ocidental, onde Schlink vivia e julgava. Argumentava-se que os juízes da Alemanha Oriental não teriam sido capazes de defender e manter a independência do magistrado, seguindo, em regra, as ordens que eram dadas pelos líderes do partido comunista<sup>172</sup>.

Não poderiam, à luz desse argumento, exercer a magistratura. Não poderiam ser juízes independentes em um Estado de Direito, no qual pontificava uma legalidade jurídica inspiradora e garantidora do bem estar e da segurança da coletividade. Porém, problematiza Schlink, os juízes da Alemanha Ocidental não queriam desagradar autoridades políticas, de quem alguma ascensão na carreira se esperava; havia dependência para com promoções. Por isso, assinaram uma petição coletiva<sup>173</sup>; a diferença de papéis era meramente quantitativa, e não substancialmente qualitativa.

O tema da culpa, tão recorrente na cultura alemã dos pós-guerra, é também central em famoso livro de Bernhard Schlink, *Der Vorleser* (*O Leitor*), cuja versão cinematográfica alcançou estrondoso sucesso. A alemã do romance de Schlink remete-nos ao complicadíssimo assunto da relação de toda uma geração de mulheres alemãs com o nazismo<sup>174</sup>, especialmente no que se refere a indagações sobre mulheres alemãs comuns que teriam participado de assassinatos em massa de judeus, ou da participação em ações criminosas em lugares como a Ucrânia, a Bielorrússia e a Polônia, de um modo que não teriam admitido depois da guerra<sup>175</sup>. Como se argumentou, “*as mulheres do nazismo não eram sociopatas martinais [...] elas acreditavam que suas ações violentas eram atos de vingança justificados, praticados contra inimigos do Reich [...] na mente delas, esses atos eram expressões de lealdade*”<sup>176</sup>. Por outro lado, sigo com a mesma autora:

As mulheres do nazismo eram zelosas administradoras, ladras, torturadoras e assinas nas terras de sangue. Elas se fundiram em centenas de milhares — pelo menos um milhão — de mulheres que foram para o Leste. O próprio número já demonstra a importância das alemãs no sistema nazista de guerra genocida e governo imperial. A Cruz Vermelha alemã treinou 640 mil mulheres durante a era nazista, e cerca de 400 mil serviram na guerra. A maioria delas foi enviadas para áreas de retaguarda ou para perto das zonas de batalha nos territórios do Leste Trabalhavam em hospitais de campo do Exército e da Waffen-SS, em plataformas de trem, servindo refeições a soldados e refugiados, em centenas de acampamentos de soldados, socializando com tropas alemãs na Ucrânia, Bielorrússia, Polônia e no Báltico. O exército alemão treinou mais de 500 mil mulheres jovens em posições de apoio — por exemplo, operando rádio, arquivando, registrando voos, grampeando comunicações [...] Na região da Polônia anexada, que era um laboratório de ‘germanização’, os líderes nazistas empregaram milhares de professoras<sup>177</sup>.

Houve intensa participação de mulheres alemãs nesse contexto, no sentido de que “[...] como agentes da construção do império nazista, a essas mulheres cabia o construtivo trabalho de um processo ‘civilizatório’ germânico [...] no entanto, as práticas construtivas e destrutivas das conquistas e ocupações nazistas eram inseparáveis”<sup>178</sup>. A questão é central no argumento aqui apresentado, na medida em que se considera que

170 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 29. No original: “*What is both historically unique and persistently disturbing about the Holocaust is that Germany, with its cultural heritage and place among civilized nations, was capable of those kinds of atrocities. It elicits troubling questions: if the ice of a culturally-advanced civilisation upon which one fancied oneself safely standing was in fact so thin that at that time, then how safe is the ice we live upon today? What protects us from falling through it? Individual morality? Societal and state institutions? Has the ice grown thicker with time or has the passage of time only allowed us to forget how thin it really is?*”

171 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 31.

172 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., loc. cit.

173 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., loc. cit.

174 Conferir, especialmente, e por todos, LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014.

175 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 15.

176 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 16.

177 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 19.

178 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014.

Todas as mulheres alemãs era obrigadas a trabalhar e contribuir para o esforço de guerra, em cargos remunerados ou não. Elas administravam orfanatos, fazendas familiares e negócios. Cumpriam horário em fábricas e em modernos edifícios de escritórios. Dominavam no setor agrícola e nas profissões ‘femininas’ de colarinho-branco, de enfermagem e secretariado. Em Weimar e na Alemanha nazista, de 20% a 30% do corpo docente eram mulheres. Na expansão do aparato de terror do Reich, surgiram novas opções de carreiras para mulheres, inclusive nos campos de concentração<sup>179</sup>.

Essa intensa participação de mulheres também se revela positivamente no esforço do pós-guerra, na medida em que “[...] só em Berlim, estima-se que 60 mil mulheres removeram os destroços e retiraram as ruínas da capital, descartando o passado em favor do futuro [...] foram louvadas por inspirar o milagre econômico da Alemanha Ocidental e o movimento dos trabalhadores da Alemanha Oriental”<sup>180</sup>. Descortina-se, e agora retomo o lado negativo da questão, uma questão de gênero, sobretudo porque “[...] todas as histórias sobre o Holocausto deixam de fora metade da população dessa sociedade, como se a história das mulheres acontecesse em algum outro lugar [...] é uma abordagem ilógica e uma omissão estranha [...] as dramáticas histórias dessas mulheres revelam o lado mais negro do ativismo feminino [...] mostram o que pode acontecer quando mulheres de várias origens e profissões são mobilizadas para a guerra e aquiescem ao genocídio”<sup>181</sup>.

A questão transcende no tempo, em virtude da pouca idade das pessoas que colaboraram com o nazismo, de forma que esses colaboradores ainda eram ativos no pós-guerra. Chama a atenção o fato de que

As legiões de secretárias que mantiveram a máquina de morte funcionando tinham entre 18 e 25 anos de idade. As enfermeiras que trabalhavam nas zonas de guerra, que assistiam os experimentos médicos e aplicavam injeções letais também eram profissionais jovens. As amantes e esposas da elite da SS, cuja missão era ter filhos saudáveis para assegurar a pureza da raça ariana, estavam – como se exigia – em idade fértil. A média de idade de um guarda de campo de concentração era de 26 anos. A mais jovem tinha apenas 15 anos quando foi designada para o campo de Gross-Rosen, na Polônia anexada<sup>182</sup>.

Pode-se também perceber uma ponta de denúncia relativa a suposto comprometimento da intelectualidade alemã (*Gleichhaltung*) com as diretrizes do nacional-socialismo (*Führerprinzip*) e, nesse sentido, numa das prováveis traves de interpretação do enredo, os argumentos do professor de Direito.

*O Leitor*, de Bernhard Schlink, parece conduzir uma fabulização da condição moral da herança coletiva da culpa vivida com o fim da guerra, assunto também explorado por Karl Jaspers. Alemão, professor na Universidade de Heildelberg, muito ligado a Hanna Arendt, Karl Jaspers fora muito hostilizado pelos nazistas, que o afastaram da cátedra, ainda em 1937. O casamento de Jaspers com uma judia, Gertrud Mayer, suscitou a ira dos nazistas, que o perseguiram de modo insistente. Jaspers seguiu para a Suíça, onde lecionou na Universidade de Basileia, até sua aposentadoria. Karl Jaspers faleceu em 1969<sup>183</sup>.

Jaspers investigou e problematizou o tema da culpa alemã, que definiu e dividiu em culpa moral, política, e metafísica. O culpado, do ponto de vista criminal, seria o alemão que teria violado a lei, isto é, o direito natural e as normas positivas de direito internacional. O culpado político fora o alemão que permitira os excessos do regime; as potências invasoras, assim, estariam legitimadas para responsabilizar os vencidos. A culpa moral atingiria a todos aqueles que invocavam que cumpriam ordens superiores. A culpa metafísica, a mais complexa delas, porque transcendia aos alemães, seria de todos aqueles que sobreviveram, e que se lembravam de que todos quantos sofreram e morreram nos campos de extermínio. Isto é, os judeus que sobreviveram, sofriam por aqueles que foram sacrificados<sup>184</sup>.

179 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 20-21.

180 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 23.

181 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 26.

182 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 27.

183 Conforme colhido no verbete Karl Jaspers, em HUISMAN, Denis. *Dicionário dos filósofos*. São Paulo: M. Fontes, 2004. p. 543 e ss.

184 Cf. JASPERS, Karl. *The Question of German Guilty*. New York: Fordham, 2001.

Hannah Arendt, que fora aluna de Jaspers, com quem manteve ao longo da vida intensa correspondência, também tratou recorrentemente do tema da culpa alemã, problematizando que havia alguma desproporção entre o crime e o castigo, no sentido de que os crimes eram de brutalidade e de perversidade sem precedentes; essa culpabilidade contrastava com todas as culpabilidades. É o que lê em carta, reproduzida em ensaio biográfico de Sylvie Courtine-Denamy:

Os crimes alemães parecem-me para além dos limites da lei e é precisamente nisso que consiste a sua monstruosidade. Talvez seja essencial enforcar Goering, mas é totalmente inadequado. Essa culpabilidade contrasta com todas as outras culpabilidades criminais, ultrapassa e quebra todos os sistemas jurídicos. É a razão pela qual os nazis, em Nuremberg, dão provas de tanta arrogância. Eles sabem-no bem. E, do mesmo modo que a sua culpabilidade é desumana, também o é a inocência das suas vítimas [...]. Não temos qualquer meio para tratar, a um nível humano, uma culpabilidade que está para além do crime e uma inocência que está para além da bondade e da virtude.<sup>185</sup>

O assunto persiste por anos no ambiente do direito público alemão. O tema da culpa é potencializado com especulações em torno de ligações com o nazismo, especialmente entre professores e autores alemães. Michael Stolleis explorou o tema em ensaio sobre o constitucionalista Theodor Maunz (1901-1993)<sup>186</sup>.

#### 4. A LEI FUNDAMENTAL, O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL E A AGENDA POSITIVA E PROPOSITIVA DE UMA NOVA CULTURA POLÍTICA

A Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) é de 23 de maio de 1949 e tem sido eventualmente emendada, especialmente em virtude do processo de reunificação, que se consolidou após a queda do Muro de Berlim, em 9 de novembro de 1989<sup>187</sup>. A utilização da expressão *Grundgesetz* (Lei Fundamental) ao invés de *Verfassung* (Constituição) suscita compreensão originariamente provisória do texto aprovado em 1949.

Verificou-se forte influência dos países aliados que então ocupavam a Alemanha Ocidental, e que apostavam no processo de reunificação como contrapeso à influência soviética no contexto geopolítico europeu. Nesse sentido, afrontou-se historicamente percepção da doutrina constitucional alemã que alcançava a natureza de um texto constitucional como ordenação da vontade de um grupo social<sup>188</sup>, o que evidentemente nos remeteria a um grupo social local, bem entendido. Em Londres, representantes da Inglaterra, da França, dos Estados Unidos, da Bélgica, da Holanda e de Luxemburgo (o grupo denominava-se de *London 6-Powers*) recomendaram, em 1º de julho de 1948, a criação de um Estado Alemão, na porção ocidental da Alemanha, em oposição à situação política que se desenhava, na porção oriental, de ocupação soviética.

Subsequentemente, realizou-se um encontro diplomático em Frankfurt, no qual se produziu um documento, os *Frankfurt Documents*, entregue aos vários governadores dos *Länder* da Alemanha ocupada por ingleses, franceses e norte-americanos<sup>189</sup>, no qual a recomendação para a criação de um Estado Alemão torna-se uma ordem efetiva, com diretivas então abertamente colocadas pelos aliados vencedores. Uma Assembleia Constituinte deveria se reunir até 1º de setembro de 1948. O texto a ser produzido por essa assembleia deve-

185 Arendt, Hannah, *Correspondência- Carta nº 43, de 17 de agosto de 1946*, colhida em COURTINE-DENAMY, Sylvie. *Hannah Arendt*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 98.

186 STOLLEIS, Michael. *The Law under the Swastika- Studies on Legal History in Nazi Germany*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998. p. 185 e ss.

187 O muro de Berlim (*Die Mauer*) é tema de impressionante narrativa histórica na qual a guerra fria e as ambiguidades da cultura alemã se cruzam. Conferir o excelente relato de WOLFRUM, Edgar. *Die Mauer- Geschichte einer Teilung*. München: Verlag C. H. Beck oHG, 2009.

188 Cf. SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 129.

189 Cf. HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 85.



ria ser submetido à aprovação dos governantes militares que então ocupavam a Alemanha. Em seguida, seria referendado pelos vários *Länder*. Uma vez aprovado o texto constitucional, emendas supervenientes seriam submetidas aos aliados militares, a quem caberia também o controle da política externa alemã. Os aliados vencedores da guerra persistiam no que denominavam de *a política dos cinco 'd's: desmilitarização, desnazificação, democratização, desarmamento e descentralização*<sup>190</sup>.

Os *Documentos de Frankfurt (Die Frankfurter Dokumente)* compunham-se de três orientações básicas. O *Documento nº I* tinha como objetivo uma Assembleia Constitucional (*Nationalversammlung*) que aprovaria um texto constitucional. O *Documento nº II* imputava responsabilidades e funções aos governadores dos *Länder*, com respectivos limites de atuação. Por fim, o *Documento nº III* também fixava diretrizes para atuação dos ocupantes<sup>191</sup>.

Uma comissão fora convocada especialmente para redigir um texto básico que seria proposto à Assembleia que então se cogitava. As reuniões foram realizadas na Bavária, em um castelo que fora utilizado por Ludwig II, em *Herrenchiemsee*, de onde o nome que foi dado ao grupo: *Convenção de Herrenchiemsee*<sup>192</sup>. Essas reuniões foram dominadas por Carlo Schmid<sup>193</sup>, um constitucionalista brilhante, social-democrata, nascido na França, filho de uma francesa. Carlo Schmid insistia que o núcleo de uma democracia consistia na adoção de regras claras que não permitissem que um partido que pregasse o fim da democracia chegasse ao poder<sup>194</sup>. Houve também muito influência de Hans Nawiasky, membro da delegação do *Länder* da Bavária, discípulo de Hans Kelsen. Nawiaky teria participado da elaboração de um documento importante naquele momento, que fixava alguns pontos centrais que deveriam constar da constituição que então se debatia<sup>195</sup>. Entre eles, o tema do controle de constitucionalidade de normas<sup>196</sup>.

O texto então redigido, preparado e discutido propunha regra proibitiva de algumas emendas, o que desde então passa a ser denominado de *cláusula de eternidade*. Proibiu-se o plebiscito, arranjo institucional que era visto como o grande problema da Constituição de Weimar, diretamente responsável pela ascensão do nazismo ao poder<sup>197</sup>.

Em 8 de maio de 1949 o texto foi aprovado em Bonn. Em 12 de maio os aliados militares assinaram e referendaram o texto, que passou a ter plena vigência (ainda que apenas na Alemanha Ocidental) em 23 de maio de 1949. A nova ordem constitucional foi aplicada no contexto de reconstrução da Alemanha, época marcada pela lógica de *um novo começo*<sup>198</sup>, que pautou a década de 1950<sup>199</sup>, ainda que recorrente a lembrança e o desespero em face de Auschwitz<sup>200</sup>.

190 Cf. O'DOCHARTAIGH, Pól. *Germany since 1945*. New York: Palgrave Macmillan, 2004. p. 5.

191 Cf. MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1975. p. 4.

192 Cf. MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1975.

193 Não se pode confundir Carlo Schmid com Carl Schmitt; este último é o constitucionalista ligado ao nazismo, aquele primeiro é o constitucionalista ligado à concepção da constituição democrática que a Alemanha adotou em 1949.

194 Cf. KITCHEN, Martin. *A History of Modern German- 1800-2000*. London: Blackwell, 2006. p. 323.

195 Cf. HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 86.

196 Cf. MAURER, Helmut. *Contributos pra o direito do Estado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 217 e ss.

197 Há interessantes estudos produzidos no Brasil nas décadas de 1920 e 1930 sobre a Constituição de Weimar. Conferir, entre outros, GARCIA, Aprígio G. de Amorim. *A Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1924; VIANA, Victor. *Uma Constituição do Século XX: o código de Weimar e a Moderna Alemanha*. Rio de Janeiro: Typografia do Jornal do Commercio, 1931. Na literatura alemã, entre outros, um clássico: ANSCHUTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919- Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. Berlin: Verlag Gehlen, 1968.

198 Cf. KLEINDIENST, Jürgen (Org.). *Deutschland- Wunderland- Neubeginn- 1950-1960- Erinnerungen aus Ost und West*. Berlin: Zeitgut Verlag, 2003.

199 Cf. BÖNISCH, Georg; WIEGREFE, Klaus (Org.). *Die 50er Jahre- vom Trümmerland zum Wirtschaftswunder*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2006.

200 Cf. FREI, Norbert. *1945 und Wir- Das Dritte Reich im Bewusstsein der Deutschen*. Ulm: Verlag C. H. Beck, 2005. especialmente p. 156 e ss.

A Lei Fundamental foi concebida também como arranjo institucional que não obstruísse um natural caminho que deveria ser seguido até a reunificação<sup>201</sup>. Trata-se do chamado princípio da *Wiedervereinigungsebot*, isto é, todos os órgãos da República Federal da Alemanha deveriam fazer tudo o que fosse possível para que a Alemanha se reunificasse<sup>202</sup>. A formalização da reunificação territorial deu-se em 3 de outubro de 1990, circunstância constitucionalmente prevista e amparada pelo art. 23 da Constituição Alemã. A primeira eleição para o Parlamento realizada na Alemanha reunificada deu-se em 2 de setembro de 1990. O vencedor foi Helmut Kohl, da União Democrata Cristã-CDU, partido que foi criado em 1945.

O tema da reunificação suscitou muitas questões que foram julgadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Exemplifico com caso de interpretação um tratado assinado entre as Alemanhas Ocidental e Oriental (*Grundlagenvertrag*)<sup>203</sup>. Na ocasião, fixou-se que a cidadania alemã era única, o que significava que *todos os alemães*, ocidentais e orientais, gozavam da proteção da República Federal da Alemanha. Essa decisão foi absolutamente importante em 1989 quando fugitivos da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental) buscaram asilo em Budapeste<sup>204</sup>. O tratado teve também como consequência a inserção de mais um artigo na Constituição Alemã (art. 143), disposição transitória que propiciou acomodação entre as ordens normativas dos dois Estados<sup>205</sup>.

Há também as ordens normativas das várias unidades federadas (*Länder*), que podem promulgar suas próprias constituições. São presentemente 16 *Länder*<sup>206</sup>. Concebe-se federalismo vertical, porquanto “*a ordem constitucional nos Estados deverá se sujeitar aos princípios do Estado de direito republicano, democrático e social*”. O direito constitucional alemão prevê supremacia da lei federal em face de lei estadual (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). A Federação detém personalidade de direito público externo, na medida em que exerce capacidade para conduzir relações com Estados estrangeiros. Há regra que determina, porém, que a Federação deve ouvir os estados antes de firmar tratados que os afete particularmente. Às unidades federadas confere-se, nos limites de suas competências legislativas, e com aprovação do Governo Federal, o poder de firmar tratados com Estados estrangeiros, o que denominamos de *paradiplomacia*.

O republicanismo, a democracia (*Demokratiensprinzip*), a legalidade (*Rechtsstaatsprinzip*), o Estado Social (*Socialstaatsprinzip*) e o federalismo (*Bundesstaatsprinzip*) são os princípios centrais que informam a Lei Fundamental<sup>207</sup>. Discussão que ilustra o tema do princípio democrático é a que se desdobrou quando o Schleswig-Holstein permitiu o voto a estrangeiros, conquanto que comprovassem cinco anos de residência na Alemanha<sup>208</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal foi instado a se pronunciar se essa regra local era compatível com o princípio democrático. A decisão baseou-se na dicção constitucional que tratava do conceito de *povo de um Estado* (*Staatsvolk*); e porque aos estrangeiros que se permitia votar não se ajustava efetivamente na compreensão literal de *Staatsvolk* é que o Tribunal cotou pela inconstitucionalidade da regra, que atentaria contra a concepção vigente de democracia<sup>209</sup>.

201 O tema da Lei Fundamental como base jurídica da unificação alemã foi estudado também por Konrad Hesse, que foi juiz do Tribunal Constitucional Federal de 1975 a 1987. Conferir, HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A Fabris, 1998. p. 83 e ss.

202 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 160.

203 BVerfGE 36, 1- *Grundlagenvertrag*.

204 Cf. OSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

205 Cf. OSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 162.

206 Nomeadamente: Baden-Württemberg (capital-Stuttgart), Baviera (capital-Munique), Berlim (capital-Berlim), Brandemburgo (capital-Potsdam), Bremem (capital-Bremem), Hamburgo (capital-Hamburgo), Hessen (capital-Wiesbaden), Mecklemburgo-Pomerânia Oriental (capital-Schwerin), Baixa Saxônia (capital-Hannover), Renânia do Norte-Vestfália (capital-Düsseldorf), Renânia-Palatinado (capital-Mainz), Saarland (capital-Saarbrücken), Saxônia (capital-Dresden), Saxônia (capital-Magdeburg), Schleswig-Holstein (capital-Kiel) e Turíngia (capital-Erfurt).

207 Cf. OSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 168.

208 BVerfGE 83, 37- *Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein*. O caso também está em KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997. p. 197-199.

209 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 170.

O princípio do Estado Social (*Socialstaatsprinzip*)<sup>210</sup> foi também explicitado pelo Tribunal Administrativo Federal<sup>211</sup>. Ilustro com a reclamação de um cidadão alemão, que se insurgiu com os valores de previdência social que recebia, alegando que eram tão insignificantes, que apenas permitiam que seu aluguel fosse pago<sup>212</sup>. Foi questionada a capacidade do interessado em receber seguro social, pelo que, com mais razão, concluiu-se que este não poderia questionar as importâncias que recebia. Há direito a prestações sociais do Estado, conquanto que se tenha lei nesse sentido, pelo que a opção é do legislador, e não direito imediato e absoluto do cidadão<sup>213</sup>.

As disposições constitucionais devem ser interpretadas de modo que não se permitam orientações contraditórias, especialmente porque a agenda de direitos fundamentais alcançará também terceiros<sup>214</sup>. Busca-se modelo harmônico, centrado em princípio de *concordância prática* (*praktische Konkordanz*). Há exemplo recorrente que ilustra a aplicação desse princípio, por parte do Tribunal Constitucional Federal. Trata-se do caso *Mephisto*<sup>215</sup>, julgado em 24 de fevereiro de 1971.

Tratava-se de um romance, *Mephisto*, no qual o autor, Klaus Mann, narrou a carreira de personagem imaginário, Hendrik Höfgen, que trabalhara como ator no tempo do IIIº Reich, e que no enredo era caracterizado como uma pessoa oportunista. Espécie de *roman-a-cléf*, Höfgen era, na verdade, representação idealizada de um personagem real, Gustaf Gründgens. Este invocou proteção de sua dignidade, enquanto que o autor da novela insistiu que a concepção do romance, e dos personagens, era protegida pela liberdade de expressão. O Tribunal entendeu que o autor e o ofendido detinham, ambos, direitos tutelados pela Lei Fundamental. Isto é, deveria se proteger a dignidade de Gründgens, do mesmo modo que deveria se proteger a liberdade de expressão de Klaus Mann<sup>216</sup>.

O autor da ação era o filho adotivo de Gründgens. O Tribunal reconheceu o pleno direito da liberdade de manifestação artística; porém, enfatizou mais a dignidade humana, pelo que se julgou improcedente a reclamação constitucional postulada por Klaus Mann, que havia perdido no Tribunal de Hamburgo, o qual havia decidido que o romance maculava a honra pessoal de Gründgens. Essa decisão foi mantida<sup>217</sup>.

O preâmbulo (*Präambel*) da Lei Fundamental faz referência ao Povo Alemão (*das Deutsche Volk*), o qual, exercendo poder constituinte, adotou Lei Fundamental, fazendo-o “*consciente de sua responsabilidade perante Deus e os homens*”, bem como “*animado pela vontade de servir à promoção da paz no mundo*”, e ainda, “*em igualdade de condições com os demais países membros de uma Europa unida*”. Desse núcleo deriva um Estado Democrático de Direito, no qual há o pleno respeito a direitos básicos, à separação dos poderes, à legalidade dos atos da Administração (*Gesetzsmässigkeit der Verwaltung*), bem como à segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), no contexto da qual prevê-se o pleno respeito às expectativas legítimas (*Vertrauensschutz*), especialmente no que se refere à vedação do uso retroativo da lei (*Rückwirkungsverbot*)<sup>218</sup>, com exceção à chamada *cláusula de Radbruch*, na qual não se respeita a ultratividade pretérita da lei, por razões de aplicação de princípios de justiça.

Aplicação conjunta do princípio da *expectativa legítima* com a *cláusula de Radbruch*, em hipótese especialíssima que autoriza o uso retroativo da lei ocorreu quando o Tribunal Constitucional Federal decidiu pela

210 Entre outros, STEIN, Ekkehart. *Staatsrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1978. p. 43 e ss.

211 BVerwG- Bundesverwaltungsgericht.

212 BVerwGE 1, 159- *Fürsorgepflicht*.

213 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 187-188.

214 Cf. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995. Nesse tema, a doutrina da *Drittwirkung*, eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros, conferir também CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

215 BverfGE 30, 173- *Mephisto-Urteil*. O tema também está em KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press, 1997. p. 301 e ss.

216 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 165.

217 Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005. p. 495 e ss. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Hennig e outros.

218 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 181.

inconstitucionalidade de uma lei federal que ampliou os prazos prescricionais em relação a alguns crimes cometidos durante o período do nacional-socialismo<sup>219</sup>. Procedimentos investigatórios que se encontravam atrasados justificavam essa medida legislativa. Invocou-se que essa nova lei desrespeitava a cláusula constitucional de irretroatividade, bem como eventuais expectativas legítimas daqueles que eventualmente fossem alcançados por essa legislação. Na origem da discussão, processos judiciais contra dois alemães que foram acusados de homicídio qualificado de centenas de pessoas, crimes que foram cometidos durante o período nazista, com o qual colaboravam e para qual trabalhavam. Da data do cometimento dos crimes à época do julgamento, havia esgotado o prazo prescricional, originariamente fixado em 20 anos<sup>220</sup>.

O Tribunal entendeu que a proibição de retroatividade veda criação de tipo penal novo, com efeitos pretéritos, mas que não proíbe a ampliação de prazos prescricionais para a pretensão punitiva do Estado em relação a ações ou omissões já tipificadas como crime em leis anteriores<sup>221</sup>.

Há também registro de importantíssima decisão do Tribunal Constitucional Federal a propósito de pretensão de punição, por parte da Alemanha reunificada, de espões alemães da antiga Alemanha Oriental<sup>222</sup>. Em pauta estava a dúvida se esses espões poderiam ser julgados e punidos com base em lei criminal da Alemanha Ocidental (e à época do julgamento vigente em toda a Alemanha), a qual, à época dos fatos, não vigia na Alemanha Oriental.

As ações de espionagem foram realizadas a partir do território da Alemanha Oriental. Seus efeitos concretos ocorreram em território da Alemanha Ocidental. Do ponto de vista da ação praticada na Alemanha Oriental essas ações de espionagem eram absolutamente legais. Do ponto de vista das ações cujos efeitos se deram na Alemanha Ocidental havia lei que as criminaliza, vigente ainda antes da ocorrência dos fatos.

Havia expectativa dos acusados, no sentido de que não seriam punidos, porquanto teriam agido de acordo com a legislação vigente à época dos fatos. O Tribunal não aceitou esse argumento, porquanto havia lei válida na Alemanha Ocidental. Isto é, para desespero dos réus, o desaparecimento da ordem legal da Alemanha Oriental atraía a aplicação da lei vigente, à época dos fatos, na Alemanha Ocidental. A Corte entendeu que não se tratava de retroatividade da lei. No entanto, alguns dos réus foram absolvidos porque não se entendeu que havia proporcionalidade nas penas que se pretendia aplicar<sup>223</sup>.

Nesse mesmo tema, o Tribunal Constitucional Federal julgou importantíssimo caso relativo a guardas da antiga Alemanha Oriental<sup>224</sup>, que seguindo ordens e a legislação então naquele país vigentes atiraram as alemães que fugiam para o lado ocidental<sup>225</sup>. Com a reunificação, esses guardas foram julgados de acordo com as leis válidas na Alemanha Ocidental, agora de aplicação geral. Com base no princípio de que não há punição sem prévia lei que defina o crime (*nulla poena sine lege*) os soldados se defenderam, firmes na convicção de que agiram dentro da mais absoluta legitimidade e legalidade. Essa questão não era nova no imaginário e na prática jurisdicional alemã. Em decisão disputadíssima, o Tribunal entendeu que o reconhecimento internacional de direitos humanos impedia, condenava e criminalizava essa prática, pelo que se confirmou que o assassinato de fugitivos jamais pode se configurar como um direito legítimo ou justo<sup>226</sup>.

219 BVerfG 25, 269, *N.S.- Verbrechen*.

220 Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005. p. 934.

221 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 182.

222 BVerfGE 92, 277- *DDR- Spione*.

223 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 183.

224 A matéria é explorada sistematicamente por Rodolfo Luis Vigo, inclusive com a tradução da decisão para o espanhol, bem como pela divulgação de comentários de Robert Alexy (*Mauerschützen- Acerca de la Relación entre Derecho, Moral y Punibilidad*) e de Eduardo Roberto Sodero (*Reflexiones insfilosóficas sobre el caso de los Guardianes del Muro*). Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema nos es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires: Facultad de Derecho U.B.A., 2006.

225 BVerfGE 95, 96- *Mauerschützen*.

226 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 271.

A regra da proporcionalidade<sup>227</sup> (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* ou *Übermassverbot*<sup>228</sup>) é de recorrente uso por parte do Tribunal Constitucional Federal. Exige-se a constatação de eficiência da opção (*Geeignetheit*), de necessidade da medida (*Erforderlichkeit*), bem como de um sopesamento de interesses, isto é, dos direitos fundamentais que estejam em discussão (*Angemessenheit* ou *Verhältnismässigkeit*)<sup>229</sup>. O tema é central em Robert Alexy<sup>230</sup> e em Carlos Bernal Pulido<sup>231</sup>.

Há um caso interessante, relativo a caçadores de falcões, que ilustra o tema da proporcionalidade<sup>232</sup>. Na origem, uma lei federal, que exigiu que caçadores de falcão comprovassem conhecimentos de armas de fogo, como condição para concessão de autorização para a referida caça. Os caçadores de falcão alegaram que a lei acrescentava uma exigência desproporcional ao direito potestativo de liberdade de ação.

O Tribunal aplicou o teste da proporcionalidade e concluiu que o objetivo da lei era de que os falcões deveriam ser tratados adequadamente. Entendeu-se que os fins buscados não eram adequadamente alcançados pelos meios que a lei fixava. Declarou-se a inconstitucionalidade da medida. Melhor seria, decidiu o Tribunal, que os caçadores melhor conhecessem os falcões, e não armas de fogo...<sup>233</sup>

Há seção inicial indicativa de direitos fundamentais (*Die Grundrechte*)<sup>234</sup>. Orienta-se para a proteção da dignidade da pessoa humana e para a obrigatoriedade do respeito aos direitos fundamentais pelo Poder Público (*Menschenwürde, Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt*). Indica-se que a dignidade da pessoa humana é inviolável (*Die Würde des Menschen ist unantastbar*) e que toda a autoridade pública terá o dever de respeitá-la e de protegê-la<sup>235</sup>.

É o tema clássico da proteção da dignidade humana (*Schutz der Menschenwürde*) e que o caso *Mephisto*, acima explicitado, ilustra de modo recorrente. Há outro exemplo importantíssimo, no contexto do qual o Tribunal Constitucional Federal decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei promulgada logo após os ataques terroristas aos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, e que permitia que as Forças Armadas abatessem aeronaves hostis (usadas como armas)<sup>236</sup>. O fato de que pessoas inocentes pudessem morrer, como resultado de uma ação do Estado, retiraria dessas pessoas a dignidade humana que lhes é intrínseca e inerente<sup>237</sup>.

Há também outro caso que ilustra o assunto, relativo a pais que exigiram perdas e danos em face de cirurgiões, cujas operações de esterilização (vasectomia, p. ex.) redundaram em fracasso. A subsequente gravidez e a conseqüente criança que nasceu foram invocadas como justificativa para o ressarcimento de danos sofridos pelos pais, nas ações que manejaram contra os médicos<sup>238</sup>. O Tribunal deu pela improcedência da demanda. A equiparação de crianças com danos sofridos subtrai dessas uma dignidade humana que também lhes é intrínseca e inerente; isto é, uma criança não pode ser equiparada a um bem do comércio<sup>239</sup>.

A Lei Fundamental consagra a liberdade de opinião, de informação e de imprensa, estendendo-se a proteção à liberdade de expressão artística e científica. Indicou-se que “a liberdade de ensino não isentará ninguém da fidelidade à Constituição”. Transita-se no campo da liberdade de comunicação, de informação e de imprensa

227 Conferir, nesse tema, CARBONELL, Miguel (Coord.). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2007. no qual há ensaios de Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido, Luis Prieto Sanchis, entre outros.

228 Nesse caso com o sentido de *proibição do excesso*.

229 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 185.

230 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

231 PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

232 BVerfGE 55, 159- *Falknerjagdschein*. O tema também está em KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997. p. 315.

233 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 186.

234 MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1975. p. 97 e ss.

235 MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1975. p. 102.

236 BVerfGE 115, 118- *Leiftsicherheitsgesetz*.

237 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 237.

238 BVerfGE 96, 375- *Kind als Schaden*.

239 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

(*Kommunikationsgrundrechte*). É nesse contexto que se conhece o caso *Lüth*<sup>240</sup>, provavelmente um dos casos mais significativos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal<sup>241</sup>.

Um cidadão alemão (Lüth) propôs e pregou boicote geral a um filme do cineasta Veit Harlan. Este havia dirigido vários filmes identificados com o nazismo, a exemplo de *Jud Süß*. Lüth insistia no antissemitismo de Harlan e comandou um boicote contra o filme então lançado. Os advogados de Harlan invocaram disposições do Código Civil e conseguiram decisões judiciais contrárias ao movimento que Lüth estava encabeçando.

Estava em jogo, para ambos os lados, e mais especialmente para Lüth, o direito de expressar opinião própria. Decidiu o Tribunal Constitucional Federal que as Cortes Cíveis (que julgaram a favor de Harlan) estavam submetidas à Constituição, na interpretação das questões a elas levadas. De um lado, Lüth, no exercício do direito de expressão. De outro, Harlan, na defesa de seu direito de expressão artística e de exploração econômica de sua obra de arte, no contexto da liberdade da expressão artística e de ciência (*Freiheit von Kunst und Wissenschaft*)<sup>242</sup>. A liberdade de expressão, tese de Lüth, foi aceita pelo Tribunal Constitucional Federal, que lhe deu provimento a seu recurso<sup>243</sup>.

O tema da livre circulação da pessoa humana foi o núcleo conceitual que orientou uma decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Federal em 16 de janeiro de 1957, a propósito do julgamento de uma reclamação constitucional por intermédio da qual o interessado questionava a negativa de requerimento seu para prorrogação da validade de passaporte. Trata-se do famoso Caso *Elfes*<sup>244</sup>.

O interessado, W. Elfes, havia liderado um grupo político que criticava ostensivamente a reaproximação da Alemanha Ocidental com a Alemanha Oriental. Elfes criticava a política de reunificação que fora, desde o fim da guerra, defendida pelas autoridades da República Federal da Alemanha. Por conta dessa ligação de Elfes com esse grupo político (*União dos Alemães*) houve negativa a pedido de prorrogação de validade de passaporte. Ao que consta, Elfes viajava recorrentemente e, do exterior, pregava contra a reunificação das duas Alemanhas<sup>245</sup>.

A negativa decorria do fato de que havia legislação que vedava autorização para entrega ou renovação de passaporte para todos que representassem uma séria ameaça à segurança da República Federal ou de alguma unidade federada da Alemanha. O Tribunal Constitucional Federal sustentou a decisão administrativa que foi questionada por meio de reclamação constitucional, afirmando que havia possibilidades de se fixarem limites a um conteúdo absoluto de liberdade de locomoção. Entendeu-se que a liberdade de locomoção não significaria, necessariamente, a prerrogativa absoluta de se deixar o país<sup>246</sup>.

O fantasma do passado é recorrente. Nesse sentido, determina-se que “serão inconstitucionais os partidos que, por seus objetivos ou pelas atitudes de seus adeptos, atentarem contra o Estado de direito livre e democrático ou tentarem subvertê-lo, ou puserem em perigo a existência da República Federal da Alemanha”. Trata-se de medida que visa à defesa da ordem democrática. A Lei Fundamental não é politicamente neutra, dado que alguns valores foram fixados como referenciais<sup>247</sup>.

Alguns casos enfrentados pelo Tribunal Constitucional ilustram essa assertiva. O primeiro deles foi julgado logo no início das atividades do Tribunal. Em 1950 um partido denominado de Sozialistische Reichspartei-SRP, de algum modo sucessor do partido nazista, o Partido Nacional Socialista Democrático Alemão-NSDAP ganhou certa notoriedade em níveis locais e federal. Um de seus membros, que fora funcionário

240 BVerfGE 7, 198, *Lüth-Urteil*.

241 Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005. p. 381 e ss.

242 STEIN, Ekkehart. *Staatsrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1978. p. 192 e ss.

243 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 229.

244 BVerfGE 6, 32, *Elfes*.

245 Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005. p. 190.

246 A questão também foi explorada por KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997. p. 315-319.

247 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 215.

do Partido Nazista, pronunciou um discurso de tom anti-israelita, no Parlamento Alemão. Este último pretendia, a todo custo, comprovar sua absoluta renúncia para com o ideário nacional-socialista. O governo levou a questão ao Tribunal, que decidiu pelo banimento desse partido<sup>248</sup>, pelo fato de que essa agremiação negava os princípios democráticos básicos e os direitos humanos<sup>249</sup>.

O Poder Judiciário, nos termos da constituição da Alemanha, é atribuído aos juízes. No ápice o Tribunal Constitucional Federal (Das Bundesverfassungsgerichts)<sup>250</sup> a quem compete decidir, prioritariamente, sobre a interpretação da constituição “quando ocorrer conflito acerca da extensão dos direitos e obrigações de um órgão federal superior ou de outras partes investidas de direitos próprios por força da constituição ou do regimento interno de um órgão federal superior”. A esse sodalício compete decidir em tema de divergências de opinião ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e substantiva de lei federal ou estadual em relação ao texto constitucional federal, entre outras antinomias reais ou aparentes que o sistema normativo propicie<sup>251</sup>.

No modelo alemão, tem-se o que se denomina de O Tribunal de Gêmeos (Zwillingsgericht). Há dois Senados, com oito magistrados atuando em cada um deles. Vigê princípio denominado de princípio senatorial, no sentido do que o que um dos Senados decidir tem valor de decisão do Tribunal como um todo. Ao 1º Senado compete tratar prioritariamente de temas de direitos fundamentais. Ao 2º Senado compete apreciar matérias de organização estatal. A composição plena do Tribunal também é utilizada como elemento pacificador de divergências. Há também duas Câmaras com três juízes em cada uma delas, que atuam sistema de rodízio. As Câmaras decidem sobre a admissão da reclamação constitucional<sup>252</sup>.

A idade mínima dos juízes do Tribunal Constitucional Federal é de 40 anos. Devem comprovar os mesmos requisitos que há para eleição para a Câmara Federal (*Bundestag*). Há necessidade de formação jurídica. Os magistrados do Tribunal Federal Constitucional não podem ser membros da Câmara (*Bundestag*), do Senado (*Bundesrat*) ou do Governo Federal. Os juízes do TCF podem exercer uma cátedra jurídica, e muitos são recrutados após atuação no magistério<sup>253</sup>.

O tempo de investidura é de 12 anos, com vedação da reeleição. A aposentadoria compulsória se dá aos 68 anos. Há um modelo de *quotas participativas*, de modo que três juízes de cada Senado são escolhidos entre juízes federais dos vários tribunais. O processo de escolha de magistrados para o Tribunal Constitucional Federal garante que metade dos juízes seja escolhida pela Câmara (*Bundestag*). A outra metade é escolhida pelo Senado (*Bundesrat*). No Senado (*Bundesrat*) a escolha dá-se no Pleno. Na Câmara (*Bundestag*) a escolha é feita por uma comissão eletiva de doze deputados que por sua vez são escolhidos pelo Pleno da Casa Legislativa<sup>254</sup>.

O processo no Tribunal Constitucional Federal tem caráter objetivo no qual se assinala e se garante o sentido não contraditório das discussões, que podem atacar atos do poder público ou de órgão estatal (legiferante, administrativo e jurisdicional), bem como atos administrativos executórios e decisões judiciais que

248 BVerfG 2, 1- SRP-Urteil.

249 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 215-216.

250 O estudo mais pormenorizado do Tribunal Constitucional Federal em língua portuguesa é de Martins, Leonardo, *Direito Processual Constitucional Alemão*, São Paulo: Atlas, 2011. O autor explicita os fundamentos processuais e organizacionais do TCF, com estações em temas de competência, organização e escolha de juízes, objeto e parâmetros de decisão nos processos de controle de constitucionalidade, controle concreto e controle concreto de normas, processos de verificação e de qualificação de normas, procedimento de reclamação constitucional, processos contenciosos entre órgãos constitucionais, processos de defesa da Constituição estrutura das decisões, decisões com ou sem audiências (*Urteil* ou *Beschluss*), com indicação de fartíssima bibliografia, especialmente em língua alemã.

251 O estudo mais pormenorizado do Tribunal Constitucional Federal em língua inglesa é de KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

252 Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011; KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

253 Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011; KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

254 Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011; KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

os confirmam. O parâmetro das decisões é o dispositivo constitucional potencialmente violado pelo ato objeto do exame<sup>255</sup>.

Há várias outras instâncias indicativas do controle de constitucionalidade<sup>256</sup> por parte desse tribunal. O direito constitucional alemão prevê a *reclamação constitucional*, que pode ser interposta por qualquer pessoa que alegue ter sido lesada, por autoridade pública, em relação a direitos fundamentais previstos no texto de que se cuida. De acordo com a constituição alemã, “o *Tribunal Constitucional Federal compor-se-á de juízes federais e outros membros*”. Determinou-se que “os *membros do Tribunal Constitucional Federal serão eleitos pela metade dos integrantes do Parlamento Federal e do Conselho Federal respectivamente*”.

## 5. CONCLUSÃO

A dogmática dos direitos fundamentais é imensamente marcada pela atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que exerce preponderante influência em várias cortes constitucionais (a exemplo do Brasil, de Portugal, da Itália, da Espanha e da Colômbia), bem como nas concepções doutrinárias de constitucionalistas brasileiros de muita importância e respeito, a exemplo, entre outros, de Gilmar Ferreira Mendes<sup>257</sup>, Marcelo Neves<sup>258</sup>, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>259</sup> e Virgílio Afonso da Silva<sup>260</sup>, que estudaram na Alemanha. De alguma maneira, retoma-se o filogermanismo da Escola do Recife, emblemático em autores como Silvio Romero, Tobias Barreto e Clóvis Beviláqua, ainda que, naturalmente, em outro contexto, por outras razões, e em dinâmica de influência absolutamente distinta.

O Tribunal Constitucional Federal, bem como a doutrina juspublicista alemã do pós-guerra, *podem* qualificar arranjos institucionais e conceituais que, de algum modo, resgatem o legado civilizatório da tradição alemã, absolutamente contestado por conta da barbárie que caracterizou a era nacional-socialista. Assim, à concepção clássica de *era dos direitos*, *pode-se* acrescentar ingrediente histórico que nos indica acidente e desvio de rota, corrigidos pela jurisprudência e pelo texto constitucional estudado neste artigo. Especialmente, ao Tribunal Constitucional Federal se reservou uma função amplamente criadora no contexto do Direito Constitucional da Alemanha<sup>261</sup>.

Nesse sentido, o argumento *sugere*, sem atitude de desrespeito ou de desqualificação para com o grandioso trabalho dessa Corte e dessa doutrina, que um dos ingredientes que *pode* ter potencializado esse belíssimo esforço jurisprudencial e doutrinário em prol da dignidade da pessoa humana fora uma tentativa de revelação e de comprovação para todo o mundo e para toda a gente, que o pesadelo nazista fora episódico e circunstancial. Freudianamente, uma concepção de culpa, e de sua catarse, *podariam* ter fomentado esse esforço de retomada de civilização. Assim, se plausível a assertiva, pode-se enaltecer, ainda mais, e mais ainda, a germanística jurídica, como instrumento, veículo e ambiente cultural de redenção.

255 Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011; KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

256 Em língua portuguesa, a propósito do modelo alemão de controle de constitucionalidade, é essencial a obra do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes. Consultar, especialmente, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005. Trata-se de tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Münster, em 1990.

257 MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva-IDP, 2011.

258 NEVES, Marcelo et al. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: M. Fontes, 2013, *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2012 e *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, São Paulo: Martins Fontes, 2013.

259 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, bem como, também entre tantos outros títulos, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

260 SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

261 Cf. STERN, Klaus. *Jurisdição Constitucional y Legislador*. Madrid: Dykinson, 2009. p. 50 e ss.



## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*, Torino: Giulio Einaudi, 1997.
- CARBONELL, Miguel (Coord.). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CARBONELL, Miguel. *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008.
- CARBONNEL, Miguel. *Uma Historia de los Derechos Fundamentales*. México: Porrúa, 2005.
- CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution-Cultura y Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2006.
- DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno-novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- FIGUEROA, Alfonso García. *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos: un Ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VÉLEZ, Sergio Iván Estrada. *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín: Selo Editorial, 2007.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Anarquismo Judicial e  
Segurança Jurídica**  
Judicial Anarchism and Legal  
Certainty

Ivo Teixeira Gico Jr.

## Judicial Anarchism and Legal Certainty

Ivo Teixeira Gico Jr.\*\*

### RESUMO

A partir de uma interpretação da segurança jurídica como uma forma de capital, o capital jurídico, explora-se as consequências sociais da ausência de mecanismos de coordenação entre magistrados para a formação e manutenção de jurisprudência, em especial, o anarquismo judicial. Utilizando-se um modelo agente-principal, demonstra-se que os magistrados brasileiros não possuem incentivos e mecanismos suficientes para investir em capital jurídico e uniformizar regras jurídicas. A insegurança jurídica resultante gera incentivos para a sobreutilização dos tribunais, resultando no problema endêmico de congestionamento.

**Palavras-chave:** Judiciário. Anarquismo Judicial. Segurança jurídica. Agente-Principal.

### ABSTRACT

By interpreting legal certainty as a form of capital, the legal capital, the social consequences of the absence of coordination mechanisms between judges to create and maintain the law is analyzed, specially the resulting judicial anarchism. A principal-agent model indicates that Brazilian judges do not have enough incentives and mechanisms to invest in legal capital and to unify legal rules. The resulting legal uncertainty generates incentives for the overexploitation of courts, hence, the endemic problem of court congestion.

**Keywords:** Judiciary. Judicial Anarchism. Legal Certainty. Legal Capital. Principal-Agent.

## 1. INTRODUÇÃO

O Judiciário tem uma função estruturante fundamental na construção da sociedade civil e no que se convencionou chamar Estado de Direito. Seu papel de garantidor das barganhas públicas (leis) e privadas (contratos) permite a cooperação entre grupos em uma sociedade cada vez mais plural e complexa. Em última instância, não é possível conceber uma sociedade moderna sem a existência de um Judiciário eficaz.

No exercício de garantidor último das barganhas sociais, o Judiciário aplica e cria regras jurídicas que informam aos agentes sociais como determina-

\* Artigo convidado.

\*\* Doutor em Direito pela USP. Doutor em Economia pela UnB. Mestre com Honra Máxima (James Kent Scholar) pela Columbia Law School. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Advogado. E-mail: gico@ghdadvogados.com.br

das questões serão resolvidas, caso surjam conflitos e os tribunais venham a ser invocados para resolvê-los. Esse conjunto de regras pode ser interpretado com uma espécie de capital, que denominaremos o **capital jurídico**<sup>1</sup>. O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um tipo de caso em um dado momento.

Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes sociais podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. Essa previsibilidade, que chamaremos **segurança jurídica**, por sua vez, permite aos agentes sociais saberem e negociarem *ex ante* a quem fica alocado o risco de um determinado evento. Além disso, caso o risco de um determinado evento não tenha sido expressamente previsto em um contrato, seja por que não há contrato (e.g. em um caso de responsabilidade civil extracontratual), seja por que as partes não anteviram o evento ou preferiram não regulá-lo (lacuna contratual), a previsibilidade da conduta do magistrado permite aos agentes que, na presença do evento conflituoso, emulem o resultado de um julgamento sem precisar recorrer ao Judiciário. Assim, por exemplo, em um acidente de trânsito em que uma das partes bate na outra por trás, sabendo que o Judiciário vai presumir sua culpa, há uma maior probabilidade de o condutor que bateu concordar espontaneamente em indenizar o condutor do veículo da frente. Essa cooperação espontânea (autocomposição) alcança o mesmo resultado que seria alcançado por um julgamento (heterocomposição) sem incorrer nos custos de adjudicação, logo, é mais eficiente.

O capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o resultado provável de um determinado conflito, caso fosse levado ao Judiciário, ergo, mais fácil alocar riscos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamento oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes. Assim, quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, mais segurança sobre o resultado provável de conflitos e, portanto, mais preparados estarão seus integrantes para elaborar planejamentos de longo prazo e para cooperar. O acúmulo ótimo de capital jurídico é, portanto, uma condição necessária para o desenvolvimento social.

No entanto, a escolha social de quanto investir na produção de capital jurídico depende das escolhas descoordenadas de dois grupos: os litigantes e os magistrados. Para fins do presente artigo, adotaremos o pressuposto de que o desejo privado pelo bem da vida objeto do litúgio será suficiente para que os particulares invistam recursos em atividades litigiosas. Nossa atenção será voltada, portanto, para o outro lado da questão, ou seja, quais são os incentivos para que o magistrado brasileiro invista na produção e manutenção de capital jurídico e, dessa forma, gere segurança jurídica?

A resposta a essa pergunta reside na análise da estrutura de incentivos dos magistrados que compõem o próprio Judiciário. Além dessa introdução, no Item 2 discutiremos a função de produção do capital jurídico. Em seguida, no Item 3, discutimos as duas formas que a literatura especializada tem usado para modelar o comportamento judicial e, no Item 4, valorizando o conflito de interesses natural de qualquer organização, modelamos o comportamento do magistrado como um problema agente-principal. Nossas conclusões são apresentadas ao final, no Item 5.

## 2. A FUNÇÃO DE PRODUÇÃO DO CAPITAL JURÍDICO E OS MAGISTRADOS

Normalmente, o Judiciário é discutido como um único ente, uma organização compacta. Todavia, para entendermos plenamente o comportamento dessa organização precisamos compreender melhor a estrutura

1 GICO JUNIOR, Ivo T. O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 444, jul./dez. 2013.

de incentivos de seus integrantes, pois é a interação entre magistrados e partes em um litígio que determina o produto social dessa organização.

Nessa linha, em linguagem juseconômica, a função de produção do capital jurídico ou simplesmente investimento  $I$  tem dois insumos básicos: (i) os investimentos privados em atividade litigiosa pelas partes litigantes no Judiciário (e.g. advogados, peritos, tempo); e (ii) os investimentos judiciais realizados pelos magistrados envolvidos no processo na produção e/ou manutenção de jurisprudência (e.g. assessores, técnicos judiciários, pesquisa legal e jurisprudencial, exposição de fundamentos).

Assim, podemos definir o investimento em capital jurídico como uma função dos recursos alocados pelas partes privadas em litígio,  $L_t^i$ , e os recursos alocados pelo magistrado no desenrolar da atividade adjudicatória, produzindo e seguindo a jurisprudência,  $M_t^i$ , ambos na  $i$ -ésima área do direito no período  $t$ :

$$I_t^i = I(L_t^i; M_t^i) \quad \text{Equação 2-1}$$

Para fins de análise da função de produção do capital jurídico, doravante  $J$ , investimento de particulares em litígio ( $L_t^i$ ) e investimento judicial em jurisprudência ( $M_t^i$ ) são bens complementares, pois o investimento em litígio só se converte em capital jurídico se o magistrado produzir e seguir a jurisprudência. Do contrário, resolve-se a controvérsia (lide), mas não são geradas ou reforçadas regras jurídicas que guiem comportamentos futuros. Por outro lado, como ao magistrado é vedado agir de ofício, isto é, sem provocação pelas partes, sem o investimento privado em litígio, não há como o magistrado produzir e seguir a jurisprudência. É o que diz a vedação ao agir de ofício do magistrado, prevista expressamente no Código de Processo Civil - CPC:

Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

[...]

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

[...]

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Assumimos que  $L_t^i$  e  $M_t^i$  são complementares perfeitos apenas para fins de produção de capital jurídico, pois, da perspectiva privada, é possível litigar e obter a prestação jurisdicional (resolução de conflito) sem que esse resultado siga ou forme jurisprudência e, da mesma forma, da perspectiva do magistrado, é possível que ele decida a lide sem seguir ou formar jurisprudência. Todavia, da perspectiva de formação de capital jurídico, um magistrado só pode agir se houver investimento privado em litígio ( $L_t^i$ ) e o litígio só resultará em formação ou manutenção de jurisprudência se o magistrado investir nisso.

Vale lembrar que as partes possuem incentivos para alocar recursos na atividade litigiosa,  $L_t^i$ , na expectativa de maximizar sua utilidade (os juristas diriam para alcançar o bem da vida), ou seja, obter o provimento de seu pedido e, assim, aumentar sua utilidade. Nesse sentido, a intenção das partes não é formar jurisprudência (bem público), mas sim ganhar a disputa (benefício privado)<sup>2</sup>. A formação de capital jurídico  $J$  é apenas um subproduto não intencional dessa atividade e, portanto, de  $L_t^i$ . Por outro lado, o que é que incentiva os magistrados a se esforçarem para formar e seguir jurisprudência?

2 É possível se pensar em litigantes de massa como entes governamentais, instituições financeiras e empresas de telecomunicações, que teriam interesse em construir jurisprudência que elimine ou mitigue litígios futuros. No entanto, para fins do presente artigo, adotamos como modelo o litigante individual.

Há quem sugira, como Landes e Posner<sup>3</sup>, que os magistrados produzirão e seguirão precedentes porque eles extraem bem-estar da imposição de suas preferências à comunidade e, para que isso seja possível em larga escala, isto é, para que os demais magistrados repliquem a decisão original, deve haver um acordo – ainda que implícito – entre os magistrados de respeito ao *stare decisis*. Obviamente essa hipótese faz sentido em um sistema consuetudinário no qual a regra jurídica normalmente não está prevista em lei, mas deriva das decisões anteriores, os precedentes.

Nessa formulação, a cultura do precedente torna-se semelhante à formação de um acordo tácito, com os mesmos problemas de formação e sustentação de um cartel, quais sejam custos de negociação, monitoramento e punição<sup>4</sup>. Por outro lado, essa cooperação seria altamente instável e propícia a comportamentos oportunistas, já que existem custos de transação associados à negociação de quem determina que precedente (segue-se o juiz ou o desembargador que primeiro decide?), ao monitoramento da obediência (como vigiar a baixos custos se os demais magistrados estão seguindo o precedente?) e, em muitos casos, a ausência de um mecanismo de punição do comportamento desviante (como se pune quem não seguiu o precedente?). Um cenário como esse parece propenso ao retorno ao equilíbrio não-cooperativo em que cada magistrado decide como quer, desconsiderando os precedentes estabelecidos por seus antecessores, semelhante ao caso brasileiro.

O Judiciário brasileiro foi estruturado de forma a ser o mais independente possível dos demais Poderes e dos interesses em jogo no caso de um litígio. Essa independência é tamanha que, não raro, os magistrados se sentem confortáveis em desprezar completamente o texto legal e criar regras jurídicas conforme suas próprias preferências. Essa desconsideração não é completa, mas também já não é um fenômeno incomum na prática forense. A desconsideração da lei pela magistratura, em alguns casos, levanta questões não apenas de harmonia entre Poderes, mas relacionadas à própria estruturação do Poder Judiciário, pois à medida que os magistrados deixam de encarar a legislação como um limite, para fins de proteção da sociedade civil e do Estado de Direito, pode ser interessante a criação de outros mecanismos sociais de controle desse agente público. A essa mudança de postura do Judiciário, aqui entendida como a aceitação sistemática da possibilidade de alteração judicial de comandos legais mediante artifícios interpretativos ou simples desconsideração do texto da lei, chamamos **ativismo judicial**.

Em um sistema romano-germânico, como o brasileiro, em que a atividade adjudicatória estava historicamente vinculada à aplicação da lei, era natural que não houvesse muitos instrumentos de uniformização jurisprudencial, pois estes não eram necessários, bastava a lei. Mas com o aumento do ativismo judicial e a diminuição do papel uniformizador da lei, os magistrados brasileiros, acostumados a considerar apenas a lei como parâmetro, passaram cada vez mais a decidir cada caso livremente, sem considerar a experiência prévia de seus pares (jurisprudência), o que significa que, na resolução de disputas, regras jurídicas não são criadas e o estoque de capital jurídico deprecia-se sem ser repostado, aumentando a insegurança jurídica.

É importante frisar que é a ausência de uniformização de jurisprudência e não o ativismo judicial per se que reduz o estoque de capital jurídico, pois, na definição aqui adotada, não importa a origem das regras jurídicas, se legislativa ou judicial, já que não se trata de uma questão de legitimidade, mas de previsibilidade e eficácia das regras (segurança jurídica). Esse estado judicial não-cooperativo em que a cada caso podem ser aplicadas regras jurídicas diferentes, a depender das preferências do magistrado, sem que a jurisprudência caminhe para se tornar uniforme e dominante é o que chamamos **anarquismo judicial**, aqui entendido como a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de cultura e de mecanismos jurídicos de uniformização jurisprudencial, o que significa que há uma dificuldade de coordenação entre magistrados das diversas instâncias para a formação e respeito à jurisprudência e, portanto, de formação de capital jurídico. Em termos econômicos, o investimento em *M* é subótimo. Em termos jurídicos, não há segurança jurídica.

3 LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *NBER Working Paper Series*, p. 1-69, ago. 1976.

4 GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006. Cap. 4.

O ativismo judicial invoca politicamente uma discussão de legitimidade e, do ponto de vista econômico, pode ser modelado como um jogo agente-principal entre o Poder Legislativo (principal) e o Judiciário (agente), ou ainda, como um jogo com múltiplos agentes (Judiciário e demais Poderes). Entretanto, é possível imaginar um cenário no qual há um problema de ativismo judicial, sem que haja subinvestimento em capital jurídico, isto é, sem insegurança jurídica. Para isso bastaria que o Judiciário, mesmo ativista, construísse jurisprudência dominante (ainda que contrária à lei) e, aplicando-a reiteradamente, gerasse segurança jurídica capaz de guiar comportamento futuro. Alguém pode até não gostar do resultado, mas está seguro dele. Nesse caso, é possível discutir se tal resultado é legítimo, que tipo de distorção ele poderia produzir ou que mecanismos poderiam ser desenhados para fazer convergir os interesses, mas não haveria necessariamente impacto negativo sobre o capital jurídico e sua produção no longo prazo. Obviamente, estamos desconsiderando aqui os ganhos decorrentes da segurança jurídica resultante de uma lei, que agora só terá valor informacional após ser testada nos tribunais. O ativismo judicial deprecia e, quando generalizado, destrói o valor informacional da lei. Todavia, desprezando-se este problema para fins da presente análise, a presença de ativismo judicial não implica o subinvestimento em  $M$  e, portanto, não provoca necessariamente a diminuição de  $J$  no longo prazo. No curto prazo poderá haver uma depreciação do capital jurídico quando da mudança de posição jurisprudencial, mas, com o surto de litigância decorrente (investimento em  $L$ ) e a construção de uma nova jurisprudência (investimentos em  $M$ ),  $J$  tende a retornar a níveis próximos ao ótimo.

No entanto, essa abordagem tem como pressuposto implícito que o Judiciário, enquanto organização, possui uma posição, ou seja, ela considera a organização como um agente, desprezando sua dinâmica interna e, portanto, não admite a possibilidade de o Judiciário não ter uma posição dominante por falta de acordo (coordenação) entre os agentes (magistrados) que o compõem. A ausência de alinhamento horizontal e vertical de interesses dentro do Judiciário poderia minar os investimentos em  $M$  e, assim, destruir  $J$ . Em outras palavras, sem mecanismos de governança, o Judiciário poderá não ter um comportamento estável, variando o resultado de acordo com a vontade de cada julgador e com o momento do julgamento. Em um cenário como esse, o ativismo judicial, que era neutro no longo prazo, passa a potencializar o anarquismo judicial.

Para se ter ideia dos problemas de comportamento oportunista aos quais o Judiciário está exposto, pensemos em um exemplo. Suponhamos um Judiciário em que a maioria de seus integrantes concorde com uma posição, digamos, a possibilidade jurídica de se cobrar juros compostos capitalizados mensalmente em contratos de financiamento de veículos. Não importa se essa posição decorre da literalidade da lei, de uma interpretação (conceito jurídico indeterminado) ou de uma construção jurisprudencial *contra legem* (ativismo). Um juiz que esteja julgando um caso concreto envolvendo essa questão poderia tranquilamente ignorar por completo a lei ou a jurisprudência dominante e sentenciar a ilicitude de tal cobrança. Se fosse absolutamente autônomo ou independente, esse magistrado seria capaz de impor à comunidade suas preferências naquele caso concreto e, de acordo com o modelo de agente racional-maximizador, quando isso lhe trouxer mais utilidade, ele o fará (cfr. Item 4 abaixo).

A existência de um sistema recursal é o mecanismo tradicional desenhado para conter esse comportamento oportunista. O que os juristas costumam chamar de princípio do duplo grau de jurisdição é justamente essa ideia de que – como regra – é preferível que a decisão da instância originariamente competente seja suscetível de reforma por um grau superior de jurisdição, ainda que dentro do próprio órgão. Todavia, há vários casos em que tal regra não se aplica, como nas hipóteses de julgamento originário pelo STF. De qualquer forma, na presença dessa sistemática, o comportamento de um juiz oportunista é controlado pelo tribunal, a quem compete rever a decisão original em sede de recurso. Mas suponha que o magistrado oportunista agora seja justamente o juiz revisor ou desembargador. O juiz seguiu a jurisprudência, mas o desembargador não. Como resolver esse problema? Para mitigá-lo, via de regra, as decisões em sede recursal são tomadas por uma turma, isto é, por um conjunto de magistrados, e não por um único julgador. O fato de as decisões de primeiro grau normalmente serem monocráticas e as recursais colegiadas pode ser interpretado como um mecanismo de controle de eventuais comportamentos oportunistas. Na mesma linha, pode-se

argumentar que essa é uma característica quase universal de todos os sistemas jurídicos: a existência de um órgão que seja superior aos demais e, assim, possa unificar a regra jurídica em uma decisão final.

O problema é que para que as posições do tribunal prevaleçam, ele deve seguir as próprias posições (alinhamento horizontal) e deve reverter todas as tentativas de alterá-la (ou fazê-lo o suficientemente para tornar desinteressante divergir). Se o próprio tribunal não segue sua jurisprudência, esta perde completamente o valor como guia acerca de como aquele se comportará no futuro, e os magistrados inferiores passam a ter incentivos para decidir conforme sua própria preferência, pois pode ser que o tribunal mantenha a posição divergente de primeira instância. Voltamos ao anarquismo judicial. Hoje, em várias áreas do direito, podemos dizer que não há jurisprudência clara, justamente por falta de jurisprudência consolidada nos tribunais e, portanto, há escassez de capital jurídico devido a investimento subótimo em *M*. A título de exemplo, citamos a legalidade de juros compostos em contratos de financiamento, a possibilidade jurídica de penhora de salário, a possibilidade de casamentos homoafetivos etc.

Note que, em um sistema no qual há escassez de capital jurídico não há regras claras e, por isso, regras aplicadas em um caso hoje podem ser mudadas amanhã. Mesmo casos idênticos podem ser decididos de forma diferente no mesmo dia, basta que sejam distribuídos a magistrados com preferências diversas. A independência do magistrado se convola em anarquia e insegurança completa do jurisdicionado sobre a existência e exigibilidade de seus direitos. Para os juseconomistas tradicionais, os direitos de propriedade deixam de ser bem definidos. Para os juristas, não há Estado de Direito. Essa insegurança gera custos sociais<sup>5</sup>, pois, agora, além de custos com erros, os agentes não saberão sobre o que e como podem cooperar.

Suponhamos, por exemplo, uma regra criada para coibir a conduta *X*, mas cuja articulação é suficientemente dúbia para permitir sua construção como proibindo *Y*, que é uma atividade socialmente desejável, contudo semelhante a *X*. Por outro lado, a mesma articulação dúbia também permite excluir da incidência da regra ***X*<sub>1</sub>**, que é um subconjunto de condutas *X* e não deveria ser permitido. A incerteza com relação ao tipo de conduta a que a regra se aplica impõe custos esperados de punição a praticantes de *Y*, reduzindo sua oferta a um nível subótimo, e diminui os custos esperados de punição a praticantes de ***X*<sub>1</sub>**, o que aumenta sua oferta acima do nível ótimo<sup>6</sup>.

Além disso, a incerteza com relação à regra aplicável provavelmente gerará um número maior de ações judiciais que não constituirão investimento em capital jurídico, o que, por si só, constitui custos sociais – trata-se de capital morto<sup>7</sup>. Na ausência de formação de capital jurídico, os litígios apenas resolvem a controvérsia, sem gerar segurança jurídica, isto é, apenas redistribuem as perdas e danos incorridos, que são custos irrecuperáveis (*sunk costs*), sem mudar o comportamento futuro. O custo médio de cada ação também pode ser maior, se *ex ante* não se souber qual a regra jurídica a ser aplicada a uma dada situação fática, logo, se for necessário construir a regra caso a caso. Por outro lado, a dificuldade de antecipar o valor esperado das demandas aumentará os custos dos acordos extrajudiciais devido ao aumento do **hiato de expectativas interpartes**<sup>8</sup>, majorando consequentemente a litigiosidade e reduzindo a autocomposição. Tudo isso pode gerar um ciclo vicioso que terminará em uma crise de segurança jurídica e – no limite – ameaçará a própria sociedade civil. De um jeito ou de outro, sem previsibilidade, o direito perde muito de seu valor enquanto instituição social.

Nesse sentido, a aplicação de uma regra para cada caso pode acabar por gerar um tratamento altamente discriminatório e injusto, pois duas pessoas na mesma situação podem ser tratadas de forma completamente diversas pelo Judiciário. Uma tem seus direitos protegidos e outra não. Uma será punida e outra não. Ironicamente, esse resultado discrepante é a antítese da justificativa do ativismo judicial cujo mote, normalmente,

5 COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

6 POSNER, R. A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 449, jun. 1973.

7 Cfr. DE SOTO, H. *Economia subterrânea: uma análise da realidade peruana*. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

8 GICO JUNIOR, Ivo T. A Tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 184, set./dez. 2014.



é realizar justiça no caso concreto. Como se pode ver, nem mesmo para os defensores do ativismo judicial há argumentos para a anarquia judicial. Pode-se argumentar quem é o ente mais adequado para construir regras jurídicas, mas a ausência de regras é a injustiça em último grau. E, em termos juseconômicos, a não definição de direitos só aumenta custos sociais.

Mecanismos de uniformização de jurisprudência vêm sendo criados gradativamente. Em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, finalmente foi atribuído efeito vinculante às decisões definitivas de mérito do STF, bem como foi criada a figura da súmula vinculante, o impedimento de recurso em desconformidade com súmula do STJ ou do STF (§1º do art. 518/CPC) e, posteriormente, a possibilidade de indeferimento liminar de petição (art. 285-A/CPC), julgamento de recursos especiais repetitivos (art. 543-C/CPC) e a repercussão geral do recurso extraordinário (art. 543-A e 543-B/CPC). A eficácia de cada um desses mecanismos é uma questão em aberto, mas, em maior ou menor grau, todas essas medidas têm por função estimular a formação de capital jurídico. A questão é, pois, como modelar e compreender o comportamento dos magistrados dentro desse arcabouço institucional?

### 3. MODELOS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL: PARCEIROS OU ADVERSÁRIOS?

Em princípio, temos duas possibilidades de abordagem teórica do problema de coordenação entre instâncias diversas que, potencialmente, podem ser testadas empiricamente: uma baseada na Teoria dos Times<sup>9</sup> e outra baseada na Teoria da Agência (modelo Agente-Principal).

A abordagem baseada na Teoria dos Times está preocupada com a organização eficiente dos indivíduos que compartilham um objetivo comum, mas controlam variáveis diversas e – potencialmente – baseiam suas decisões em informações diferentes<sup>10</sup>. A aplicação dessa abordagem ao Judiciário significa que se modelam os magistrados sem quaisquer conflitos valorativos, i.e., como agentes com valores e objetivos idênticos ou suficientemente próximos e cujo objetivo comum é decidir “corretamente” a maior quantidade de casos possível em um mundo de incertezas e custos de transação positivos.

Por outro lado, o pressuposto básico da Teoria da Agência é a presença de conflitos valorativos constantes em quaisquer organizações. A criação e a aplicação das regras, um problema tradicional de toda e qualquer organização, são ocasiões de disputa e o resultado dessas contendas determinará o poder de cada parte da burocracia. Os detalhes organizacionais e as regras procedimentais determinam o poder de cada grupo. No contexto do Judiciário, essa abordagem significa que cada decisão é uma oportunidade para um conflito político entre instâncias. Magistrados com preferências diversas e, portanto, funções utilidades distintas, deparam-se com insegurança jurídica e aprendem ao longo do tempo. Todavia, os modelos de agência tradicionais normalmente excluem a incerteza presente nos modelos de time e costumam focar as implicações decorrentes da divergência de incentivos<sup>11</sup>.

Essa literatura enfoca mais a investigação do desenho institucional e a eficácia de mecanismos que permitam a convergência e a divergência de interesses entre agente e principal, isto é, que permitem que magistrados ajam secretamente (*hidden action*), adquiram informações exclusivas (*acquisition of private information*) ou evadam sanções, aumentando seu espaço de discricionariedade, em contraposição a mecanismos que revelem ações ou informações escondidas ou aumentem a capacidade de sancionamento pelas instâncias superiores. Novamente, as implicações políticas e estratégicas do modelo de agência também são instigantes

9 GICO JUNIOR, Ivo T. Anarquismo Judicial e Teoria dos Times. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 269-294, 2013.

10 Cfr. MARSHACK, J.; RADNER, R. *Economic Theory of Teams*. New Haven: Yale University Press, 1972 e GICO JUNIOR, Ivo T. Anarquismo Judicial e Teoria dos Times. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 269-294, 2013.

11 Por exemplo, CLARK, T. S. A Principal-Agent Theory of En Banc Review. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 25, n. 1, p. 55-79, 2009.

e é comum encontrá-la em trabalhos de economistas e cientistas políticos que estudam Economia Política Positiva<sup>12</sup>.

Tanto uma abordagem quanto a outra tem como vantagem chamar a atenção para a natureza interdependente das decisões judiciais, isto é, seu contexto estratégico. As decisões judiciais não são tomadas em um vácuo institucional, todos os agentes envolvidos estão sujeitos a restrições e reações dos demais agentes. Por isso, antes de decidirem, eles levam em consideração as preferências e reações prováveis dos outros atores relevantes, incluindo seus colegas, os membros de tribunais superiores, os membros dos demais Poderes e mesmo a opinião pública.

A seguir, utilizaremos uma abordagem agente-principal para investigar quais as estruturas incentivam os magistrados brasileiros a investir na produção de capital jurídico ( $M$ ) e, assim, gerar segurança jurídica, quando ele possui preferências convergentes e quando possui preferências divergentes dos demais magistrados, isto é, quando concorda e quando discorda da jurisprudência do tribunal.

#### 4. A COORDENAÇÃO ENTRE MAGISTRADOS COMO UM PROBLEMA AGENTE-PRINCIPAL

A resposta jurídica tradicional para qual é o mecanismo de incentivo ao magistrado que este invista na produção de e obediência à jurisprudência ( $M$ ) é a existência de um ordenamento jurídico, cuja definição já pressupõe a inexistência de antinomias (regras jurídicas contraditórias). A discussão jurídica resume-se, então, a como o magistrado *deve* resolver as antinomias identificadas que, quando resolvidas, são tidas como meramente aparentes. Essa posição está presente implícita ou explicitamente nas clássicas obras de Kelsen<sup>13</sup> e Bobbio<sup>14</sup>. Essas teorias normativas apenas expressam como seus propositores acham que o direito deve ser (proposição normativa) e não como ele é (proposição positiva). Elas supõem implicitamente que os magistrados seguirão a lei, mas a pergunta aqui é justamente quais são os incentivos para que estes o façam?

Uma evidência anedótica talvez sirva de motivação inicial para a discussão teórica dessa seção. Em 2010, o Ministro do Supremo Tribunal, Marco Aurélio de Mello, proferiu um discurso na cerimônia de comemoração de seus 20 anos de STF e fez a seguinte confissão: “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”<sup>15</sup>. O que o Ministro disse é que primeiro ele decide, conforme suas preferências (“justiça”), depois, procura um fundamento na lei *ou* na doutrina que justifique o resultado que já escolheu. Como se pode ver, essa sistemática confessa é o oposto do que pressupõe a lógica jurídica tradicional. Essa confissão ilustra que o pressuposto de que os magistrados agirão necessariamente conforme a lei ou a jurisprudência, a despeito de suas preferências pessoais, pode não ser adequado. Não há, porém, evidências empíricas de que esse comportamento seja preponderante.

De qualquer forma, do ponto de vista teórico, o pressuposto de que magistrados seguirão a lei ou a jurisprudência dominante, independentemente de qualquer coisa, é incompatível com a abordagem juseconômica dos magistrados como agentes racionais maximizadores. A abordagem jurídica tradicional não é realista e não leva a previsões que se adéquem à realidade dos fatos, pois, como já visto, há inúmeros exemplos de magistrados que não estão seguindo a lei ou a jurisprudência, o que não se explica por aquela abordagem. Uma análise positiva do Judiciário não pode partir do pressuposto de que os magistrados não possuem preferências pessoais e que, quando decidem, não levam em consideração seus valores, sua história, a reação

12 Por exemplo, BRENT, J. An Agent and Two Principals: U.S. Courts of Appeals Responses to Employment Division, Department of Human Resources v. Smith and the Religious Freedom Restoration Act. *American Politics Quarterly*, v. 27, n. 2, p. 233-266, 1999.

13 Cfr. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

14 BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

15 CONJUR. Marco Aurélio vê sua homenagem como “estímulo”. *Consultor Jurídico*, 6 Julho 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>.

dos demais magistrados etc. Em outras palavras, a função utilidade de um magistrado inclui preocupações com remuneração, promoção, remoção, prestígio, preferências políticas, justiça etc.<sup>16</sup>. Em que medida cada uma dessas variáveis é relevante dependerá do contexto e do agente.

Dentro da estrutura organizacional do Judiciário brasileiro, ausente a instituição do *stare decisis* e reconhecendo que a lei não é mais um parâmetro dominante de controle da atividade jurisdicional, a questão relevante é: que incentivos têm os magistrados para seguir a jurisprudência de um tribunal superior? De outra forma, quais são os mecanismos de governança que cada nível de hierarquia judiciária tem sobre o outro inferior para fins de uniformização de jurisprudência e construção de capital jurídico? A resposta é simples e preocupante: **quase nenhum**.

A vitaliciedade, a irredutibilidade de vencimentos, a inamovibilidade e a promoção automática por senioridade tornam cada magistrado não apenas imune às pressões políticas externas ao Judiciário, mas também imunes ao próprio Poder Judiciário. O magistrado brasileiro talvez seja o mais independente do mundo, ele não apenas é independente politicamente, ele também é independente em relação à própria lei e à jurisprudência. Em um cenário como esse, voltamos a perguntar: se cada magistrado pode decidir da forma como quer, sem custo para si, o que é que evita o anarquismo judicial?

Alguém poderia supor que apesar de parte dos magistrados ser promovida por senioridade, outra parte é promovida por mérito, e isso pode levar a algum grau de controle dos níveis superiores sobre a conduta dos níveis inferiores, o suficiente para que os interesses dos magistrados *a quo* (agente) se alinhassem – ao menos em parte – com os interesses dos magistrados *ad quem* (principal). Esse argumento é comumente explorado na literatura<sup>17</sup>, mas – como se verá a seguir – parece não se aplicar no Brasil.

De acordo com o art. 4 da Resolução nº 106 do CNJ, de 6/4/10, os únicos critérios que podem ser considerados para fins de promoção por merecimento são: (a) desempenho (aspecto qualitativo); (b) produtividade (aspecto quantitativo); (c) prestação no exercício das funções (art. 7º); (d) aperfeiçoamento técnico (art. 8º); e (e) adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CEMN (art. 9º).

No aspecto qualitativo, que vale apenas 20% da avaliação (art. 11), deve ser considerado (art. 5º, “e”) o respeito às súmulas do STF e dos tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STM), mas não a jurisprudência do próprio tribunal a que pertence o magistrado e, em hipótese alguma, pode ser considerada a sua taxa de reversibilidade, isto é, o quanto ele errou segundo a perspectiva da instância superior. É o que dispõe o art. 10º:

Art. 10. Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, *tais como índices de reforma de decisões*.

Parágrafo Único: A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).

Ainda que não possa ser formalmente utilizada, seria interessante saber qual a taxa de reversibilidade das decisões dos magistrados promovidos e dos preteridos, pois é possível que tal informação seja usada indiretamente, ainda que vedada pela regulação. No entanto, não há trabalhos investigando essa questão, talvez porque não exista, no Brasil, uma organização e catalogação de todas as decisões judiciais proferidas que facilite tal aferição. Acreditamos que os tribunais simplesmente não coletam e, portanto, não têm acesso a esse tipo de informação.

Além da proibição expressa de se considerar a aderência à jurisprudência como um critério para a avaliação de mérito, a remuneração do magistrado – de qualquer instância – é praticamente independente de

16 POSNER, R. A. What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, p. 1-41, 1993.

17 Por exemplo, SCHNEIDER, M. R. Judicial Career Incentives and Court Performance: An Empirical Study of the German Labour Courts of Appeal. *European Journal of Law and Economics*, v. 20, n. 2, p. 127-144, 2005.

promoção ou do nível de atuação. A título de exemplo, de acordo com a Tabela de Remuneração dos Magistrados Federais emitida pela Secretaria de Recursos Humanos – SRH do Conselho da Justiça Federal, em 1º de fevereiro de 2010, um juiz federal substituto (primeiro estágio na carreira) ganhava R\$ 21.766,16, um juiz federal pleno (1º grau) ganhava R\$ 22.911,74, ou seja, apenas 5,26% a mais, e o juiz do TRF (2º grau) R\$ 24.117,62, apenas 5,26% a mais. É de se questionar se essa pequena diferença salarial constitui incentivo suficiente para gerar convergência de interesses e, em última análise, cooperação entre as instâncias. A uma primeira vista, ela também não parece substancial.

Se a aderência à jurisprudência vertical não é um fator relevante para a promoção ou para a remuneração do magistrado, então, talvez, houvesse outros custos que pudessem ser impostos ao menos em relação à desobediência às súmulas vinculantes do STF e dos Tribunais Superiores. Mas esse também não é o caso, pois não há qualquer penalidade imposta ao magistrado que desobedece a uma súmula vinculante, razão pela qual seu efeito sobre a estrutura de incentivos do magistrado tende a ser igual a uma reversão normal no julgamento de um Recurso Extraordinário ou Recurso Especial. A divergência em si não tem custo para o magistrado, apenas para a sociedade e para as partes, que terão de arcar com os custos incorridos pelo tribunal no processo de revisão.

Outra explicação oferecida pela literatura para o seguimento da jurisprudência pelos magistrados é a questão da reputação<sup>18</sup>. A magistratura seria uma comunidade pequena, no qual cada membro conheceria o outro e, por isso, ser revertido reiteradamente não seria bem-visto nessa comunidade, o que geraria incentivos para que os magistrados, ao menos em parte, seguissem a jurisprudência. Por outro lado, um magistrado que não seguisse os precedentes dos seus pares não teria seus precedentes seguidos. O problema da reputação como mecanismo de coordenação é que ela pressupõe interação reiterada (para poder haver retaliação em outras rodadas), baixos custos de monitoramento (para se identificar quem não está agindo de acordo) e a possibilidade de punição (mecanismo para tornar desinteressante o comportamento desviante).

Assumindo a baixa rotatividade de juízes e desembargadores e o fato de que juízes normalmente são alocados para varas especializadas, cujos casos são revistos por turmas especializadas de desembargadores, podemos pressupor que a interação entre eles será reiterada. No entanto, considerando a enorme quantidade de casos julgada por cada magistrado por ano, o monitoramento individual do magistrado pelos demais parece ser bastante custoso e, portanto, plausível, mas improvável. De acordo com os dados do CNJ<sup>19</sup>, cada magistrado sentenciou 1.336 processos em 2010, isto é, 3,6 processos por dia, incluindo domingos e feriados. Esse número astronômico, na realidade, representa uma queda de produtividade em relação a 2009, quando a média foi de 1.540 processos. Se olharmos apenas os dias úteis e lembrarmos que, em parte do dia, os magistrados devem comparecer a audiências, veremos que a probabilidade de um magistrado efetivamente monitorar as decisões de seus pares, mesmo sendo a comunidade pequena, não parece grande.

Além disso, não existe nos tribunais qualquer mecanismo que informe ao próprio magistrado ou aos demais a sua taxa de reversibilidade, isto é, a taxa de reversão de suas decisões pela instância superior. Nem o próprio magistrado sabe a sua taxa de reversibilidade, salvo se construir um banco de dados próprio. Como as decisões no Brasil não são catalogadas nem disponibilizadas em um banco de dados informatizado, na prática, não existe mecanismo de controle público ou privado da taxa de reversão. Sem a possibilidade de monitoração, qualquer mecanismo reputacional é inócuo, o que incentiva comportamentos oportunistas pelo fato de o magistrado possuir informações privadas (*hidden information*) e poder realizar ações ocultas (*hidden action*).

Em um cenário como o apresentado, diante do caso concreto, o magistrado depara-se com a seguinte escolha: (i) divergir da jurisprudência e impor suas preferências, havendo apenas uma probabilidade  $p$  de ser revertido (sendo  $p < 1$ , já que rever casos tem custo para o órgão revisor) e uma probabilidade independente

18 Por exemplo, MICELI, T. J.; COSGEL, M. M. Reputation and Judicial Decision Making. *Journal of Economic Behavior and Organization*, v. 23, n.1, p. 31-51, jan. 1994.

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2011. p. 73.

*q* de ser observado por seus pares, caso seja revertido; ou (ii) seguir a jurisprudência, perdendo a oportunidade de impor as suas preferências à comunidade no caso concreto e enfrentar a mesma probabilidade independente *q* de ser observado por seus pares seguindo a jurisprudência e, assim, construir reputação.

Pelo exposto, apesar de o Judiciário brasileiro estar estruturado de forma hierarquizada, do ponto de vista de produção de jurisprudência, não existem mecanismos críveis de uniformização, devendo esta ser produzida com a revisão individual de cada caso pelos tribunais superiores, o que gera elevados custos sociais, pois os tribunais não contam com o mesmo número de desembargadores ou ministros que juizes. Nesse contexto institucional, a revisão direta das decisões de primeira instância não permite o estabelecimento de uma relação direta entre incentivo e desempenho. O controle será proativo e centralizado no próprio tribunal. Será como um policiamento (*police patrol*), na linguagem de McCubbins e Schwartz<sup>20</sup>, quando o ideal seria desenvolver algum mecanismo de controle que disparasse apenas nos casos de divergência, uma espécie de alarme de incêndio (*fire alarm*). Tal mecanismo seria reativo, descentralizado e realizado de forma indireta e, portanto, menos custosa.

Em tese, o sistema de apelações poderia ser uma forma de monitoramento do tipo alarme de incêndio, desde que houvesse custos para apelar e o tribunal revisse as decisões de primeira instância apenas em caso de erro. Nos Estados Unidos, os tribunais não podem rever questões probatórias, mas apenas a correção da aplicação da regra jurídica, enquanto, no Brasil, o CPC estabelece que toda a matéria fática e probatória é devolvida para análise:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Se fosse possível sinalizar aos litigantes que apelações seriam providas apenas em caso de erro e supondo que as partes saibam quando um erro foi cometido, o sistema de apelações funcionaria como um sistema de controle no estilo alarme de incêndio dos desembargadores sobre os juizes. Essa proposição pode ser testada empiricamente averiguando-se a taxa de apelação das sentenças e a taxa de sucesso das apelações interpostas. O resultado esperado seria uma baixa taxa de apelação e uma alta taxa de sucesso das apelações interpostas.

Por outro lado, o modelo proposto acima pressupõe que o tribunal tem uma posição definida e sinaliza de forma clara aos litigantes que reverte uma sentença apenas em casos de erro. Se o tribunal não tiver posição consolidada ou sinalizar de forma equivocada, os litigantes interpretarão essa sinalização como uma possibilidade de rediscutir todos os casos e apelarão sempre que perderem (assumindo-se baixos custos para recorrer). Essa proposição também pode ser testada empiricamente averiguando-se a taxa de apelação das sentenças e a taxa de sucesso das apelações interpostas. O resultado esperado seria uma alta taxa de apelação e uma baixa taxa de sucesso das apelações ou uma taxa semelhante à taxa de sucesso em primeira instância. Neste caso, teríamos um custoso sistema de monitoramento do agente (juiz) no estilo policiamento que pode, inclusive, ser inviabilizado pelo excesso de revisões, já que há mais juizes que desembargadores.

## 5. O COMPORTAMENTO DO JUIZ ESTRATÉGICO

Feitas essas considerações acerca da estrutura de incentivos dos agentes e dos custos de monitoramento, propomos um modelo agente-principal para ilustrar as dificuldades relacionadas ao monitoramento dos juizes (agentes) pelo tribunal (principal). A questão fundamental de um problema agente-principal surge quando os interesses do agente não coincidem com os do principal.

20 MCCUBBINS, M. D.; SCHWARTZ, T. Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms. *American Journal of Political Science*, v. 28, n. 1, p. 165-179, fev. 1984.

Seja  $A^i$  o i-ésimo juiz de uma determinada região e  $P^k$  a k-ésima turma que realiza a revisão das decisões de  $A^i$ , sendo  $k < i$ . Dado um estado da natureza qualquer  $\omega$ , de acordo com suas preferências, a turma (o principal) elege aplicar uma regra jurídica ao caso concreto tal que o estado da natureza convirja de  $\omega$  para  $d$  após o julgamento. Os estados da natureza  $d$  e  $\omega$  são pontos na reta real. Assim, o estado da natureza  $d$  é a situação fática ideal (dever-ser) que o tribunal escolheria se não houvesse restrições ou influências externas, enquanto  $\omega$  é o estado da natureza revelado no caso concreto (ser) ou estado da natureza real que se apresenta no processo a ser julgado. A regra a ser aplicada pode indicar, por exemplo, que em caso de dívida, o salário do devedor pode ser penhorado só até 30%, ou que até 10% acima da velocidade permitida em uma via pública não caracteriza negligência para fins de determinação de responsabilidade civil em caso de acidente etc.

Suponha a função utilidade  $U_{P^k}(d, \omega) = -(d - \omega)^2$ , que representa a desutilidade resultante da distância entre estado da natureza  $\omega$  e o dever-ser  $d$  previsto na regra jurídica escolhida por  $P^k$ . Nesse sentido, a turma preferiria que o julgamento tivesse como resultado  $d = \omega$ , isto é, que o estado da natureza real (ser) convergisse para o estado da natureza ideal (dever-ser) após o julgamento. Todavia, considerando que o julgamento inicial não é realizado pela turma, isto é, por  $P^k$ , a concretização dessa tarefa será delegada inicialmente ao juiz  $A^i$ . Em princípio, o agente  $A^i$  pode possuir a mesma preferência e, portanto, a mesma função utilidade que  $P^k$ , caso em que poderíamos ter um problema de time, ou possuir preferências diversas e, portanto, uma função utilidade diferente de  $P^k$ , caso em que teremos um conflito de interesses (problema de agência).

Analisando apenas a hipótese de conflito de interesses ( $U_{A^i} \neq U_{P^k}$ ), suponha que a função utilidade do juiz seja  $U_{A^i}(d, \omega, \varepsilon) = -(d - \omega - \varepsilon)^2$ . Essa função significa que o juiz prefere que o resultado do julgamento seja  $d - \varepsilon = \omega$ , isto é, que o estado da natureza após o julgamento seja igual ao resultado previsto na regra jurídica  $d - \varepsilon$ , onde  $\varepsilon$  representa o erro (na perspectiva da turma) do agente em relação ao principal. Se a parte sucumbente do julgamento de  $A^i$  apelar,  $P^k$  pode rever a decisão “errada” e impor a regra jurídica de sua preferência, revertendo a decisão original. O juiz racional sabe dessa possibilidade e enfrenta um problema estratégico tendo de optar entre divergir ou não divergir no momento do sentenciamento.

Reconhecendo o seu lugar na hierarquia judiciária e a possibilidade de reversão, bem como os custos associados a ser revertido, ao tomar suas decisões, o juiz racional agirá estrategicamente e escolherá o nível ótimo de divergência que maximize seu retorno e minimize seus custos. Assim,  $C_{A^i}$  é o custo adicional para o juiz de ser revertido. Supondo que a utilidade da divergência para o juiz seja tão maior quanto maior for a distância entre o resultado desejado pela turma ( $d$ ) e o resultado que deseja ( $d - \varepsilon$ ), que denominaremos  $\Delta$  ( $\Delta = |\varepsilon|$ ), então, a utilidade do juiz será uma função crescente da distância ideológica ou da quantidade de divergências:  $U_{A^i} = U_{A^i}(\Delta)$ .

Considere agora que o custo de ser revertido também é uma função crescente da distância ideológica ou da quantidade de divergências, isto é, quanto maior a divergência, mais custos adicionais serão impostos ao juiz,  $C_{A^i} = C_{A^i}(\Delta)$ . Podemos imaginar isso como menor probabilidade de ser promovido, menor salário, pior reputação, menor aderência a suas decisões etc. Por fim, considere que, quanto maior o grau de divergência, maior a probabilidade de reversão, i.e., quanto maior  $\Delta$ , mais séria é a divergência e mais provável ela é de ser detectada, logo, a probabilidade de ser revertida uma decisão também é uma função crescente da distância ideológica ou da quantidade de divergências, assim:  $p = p(\Delta)$ .

Nesse cenário, o problema do juiz estratégico será:

$$\text{Max}_{\Delta=|\varepsilon|} U_{A^i}(\Delta) - p(\Delta)C_{A^i}(\Delta)$$

Equação 4-1

As condições de primeira ordem desse problema levam o agente  $A^i$  a divergir em suas decisões em grau ou quantidade até que o seu benefício marginal em divergir ( $U_{A_i}'$ ) se iguale ao seu custo marginal em divergir ( $p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ ), ou seja, até que  $U_{A_i}' = p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ . Portanto, a aderência do juiz com preferências divergentes à jurisprudência é diretamente proporcional aos custos de ser revertido  $C_{A_i}$  ponderados pela probabilidade  $p$  de ser revertido. Logo, qualquer política de governança judiciária que queira incentivar a uniformização de jurisprudência deve atentar para essas duas variáveis: a magnitude do custo para o juiz e a probabilidade de reversão.

Considerando a probabilidade de reversão, supondo que o tribunal tenha uma posição firme e clara acerca da regra jurídica que leva a  $d$ , a parte litigante que teve a regra  $d - \varepsilon$  aplicada a seu caso pelo juiz  $A^i$  terá incentivos a apelar, informando – a baixos custos para a turma – quando o juiz não está seguindo a jurisprudência. Assim, o sistema jurídico de apelação funcionaria – a princípio – como um alarme de incêndio informando a turma quando há um problema a ser corrigido.

Outra questão surge quando a própria turma não tem posição (diminuindo  $p$ ) ou quando a decisão da turma não informa sua posição claramente, podendo gerar incerteza nos litigantes que tenderão a apelar mais ou menos, a depender dos custos de recorrer. No limite, o sistema de revisão de decisões judiciais pode se tornar um mecanismo de policiamento, caso o custo de apelar seja baixo e o comportamento do tribunal não seja claro e consistente. Como já dito, considerando que há mais juízes do que desembargadores ( $i > k$ ) e que a revisão impõe custos a  $P^k$  ( $C_{P^k} > 0$ ), o sistema de policiamento tende a gerar sobrecarga na segunda instância e a diminuir  $p$ , em um círculo vicioso de dispersão jurisprudencial que fomenta o anarquismo judicial e, em última instância, a depreciação do capital jurídico. Mas foquemos os custos adicionais de reversão impostos ao juiz.

A imposição de custos adicionais ao juiz pela reversão de uma decisão sua no Brasil é desprezível (i.e.,  $C_{A_i} \rightarrow 0$ ), ergo, mesmo na hipótese de apelação,  $A^i$  não incorrerá em qualquer custo adicional se for revertido. A carreira do juiz não será afetada por isso, nem sua remuneração e, como o custo de monitoramento da taxa de reversão é alto, nem mesmo sua reputação será atingida. Se a reversão não impõe qualquer tipo de custo adicional a  $A^i$ , então, sua conduta racional maximizadora será sempre desobedecer a jurisprudência dominante em caso de conflito e julgar conforme  $d - \varepsilon = \omega$ , independentemente da posição da turma  $P^k$ .

O agente tem ciência de que os recursos da turma são limitados, que o monitoramento é imperfeito ( $C_{P^k} > 0$ ) e que  $k < i$ , logo, ele sabe que nem todos os casos serão revistos e aqueles que não forem trarão mais utilidade ao juiz estratégico do que simplesmente seguir a jurisprudência, ou seja, o problema de  $A^i$  passa a ser apenas:

$$\text{Max}_{\Delta=|\varepsilon|} U_{A_i}(\Delta)$$

Equação 4-2

Em um cenário como o apresentado, o investimento judicial na formação e criação de regras jurídicas ( $M$ ) será inferior à quantidade necessária para a formação do estoque ótimo de capital jurídico  $J^*$ , pois apenas as decisões que a turma  $P^k$  conseguir reverter integrarão a função de produção do capital jurídico e necessariamente a um custo maior do que se  $A^i$  cooperasse espontaneamente, isto é,  $J_{C_{A_i}=0} < J^*$ . Todas as demais decisões não revertidas são diversas de  $d$  e, portanto, não contribuem para a previsibilidade da regra aplicável, i.e., não constituem capital jurídico. Denominamos  $M_{C_{A_i}=0}$  o nível de investimento judicial em capital jurídico em um contexto no qual não há incentivos para o juiz seguir a jurisprudência.

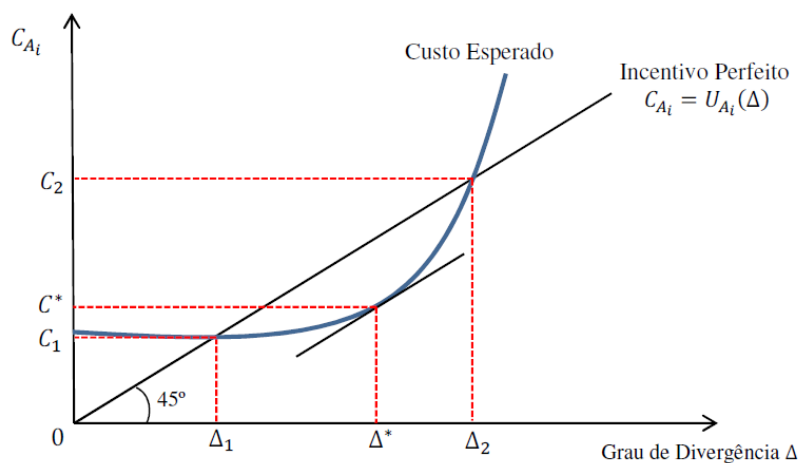
Agora suponha que as políticas judiciárias mudem e que, por exemplo, o critério adotado pelo CNJ passe a incluir um índice de reversibilidade para fins de promoção do magistrado, ou que, em função da nova Lei de Transparência (Lei Complementar nº 131, de 27/5/09), os tribunais passem a informar de maneira clara todas as decisões judiciais e se elas foram revertidas (ou não), para que o público e a comunidade de magistrados possa monitorar o desempenho de cada agente. Se a reversão de uma decisão pela turma também

impuser algum custo adicional ao juiz (i.e.,  $C_{A_i} > 0$ ) e não apenas a  $p^k$ , então, seria alterada a estrutura de incentivos de  $A^i$  para que mesmo em caso de divergência de preferências, o juiz seguisse mais a jurisprudência, ou seja, ocorreria um aumento no investimento judicial em segurança jurídica ( $M_{C_{A_i} > 0} > M_{C_{A_i} = 0}$ ). Como um número maior de decisões convergiria para uma mesma regra, o resultado será uma maior formação de capital jurídico do que na hipótese anterior ( $J_{C_{A_i} = 0} < J_{C_{A_i} > 0} \leq J^*$ ).

Note que não sendo essas medidas isoladamente perfeitas, ainda haverá algum grau de divergência na prática adjudicatória de  $A^i$ , mas este será menor que a divergência plena na ausência de qualquer custo adicional. Da Equação 4-1 temos que o juiz racional continuará a ponderar, em cada caso, se a sua preferência em relação àquele resultado jurídico é mais forte que o custo adicional associado a divergir e, assim, haverá um nível ótimo de divergência  $\Delta^*$  por ele praticado, o qual será menor que na hipótese de nenhum custo.

Adaptando a Teoria Econômica do Crime de Becker<sup>21</sup> e a ideia de sanção como um custo, retomada por Cooter<sup>22</sup> e Cooter e Ulen<sup>23</sup>, a estrutura de incentivos do magistrado pode ser ilustrada na Figura 2, na qual o eixo horizontal representa o grau de divergência  $\Delta$  adotado pelo juiz  $A^i$  em sua prática diária ou em uma determinada decisão, pois  $\Delta$  pode ser interpretado tanto como a distância ideológica em uma única decisão, quanto como a quantidade de decisões divergentes. Lembremos que  $U_{A_i}(\Delta)$  é estritamente crescente em  $\Delta$ . Já o eixo vertical representa os custos adicionais associados à divergência de  $A^i$  que, conforme pressuposto, será uma função de  $\Delta$ . Logo, quanto maior a divergência, maiores serão os custos associados a ela. A reta de 45°, por sua vez, indica a magnitude do custo adicional ( $C_{A_i}$ ) necessária para que o juiz  $A^i$  seja indiferente entre seguir a jurisprudência ou impor suas preferências no caso concreto.

Figura 1: Incentivo Imperfeito para Seguir a Jurisprudência



Ao contrário do caso anterior, no qual o incentivo era divergir sempre, neste cenário, existe apenas um intervalo entre  $\Delta_1$  e  $\Delta_2$  no qual é racional divergir, pois a utilidade auferida pelo juiz estratégico com a divergência é superior ao custo esperado de fazê-lo. O ganho do juiz  $A^i$  é justamente a distância entre o Custo Esperado e a Curva de Incentivo Perfeito. Fora desse espaço de divergência racional, ou seja, quando a divergência é muito pequena ( $\Delta < \Delta_1$ ) ou muito grande ( $\Delta > \Delta_2$ ), não é mais racional divergir e  $A^i$  seguirá a jurisprudência, formando capital jurídico. Além disso, analisando-se o espaço de divergência racional, é

21 BECKER, G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, Columbia, v. 76, p. 169-217, 1968.

22 COOTER, R. D. Prices and Sanctions. *Columbia Law Review*, v. 84, p. 1523-1560, Oct. 1984.

23 COOTER, R. D.; ULEN, T. S. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 475.

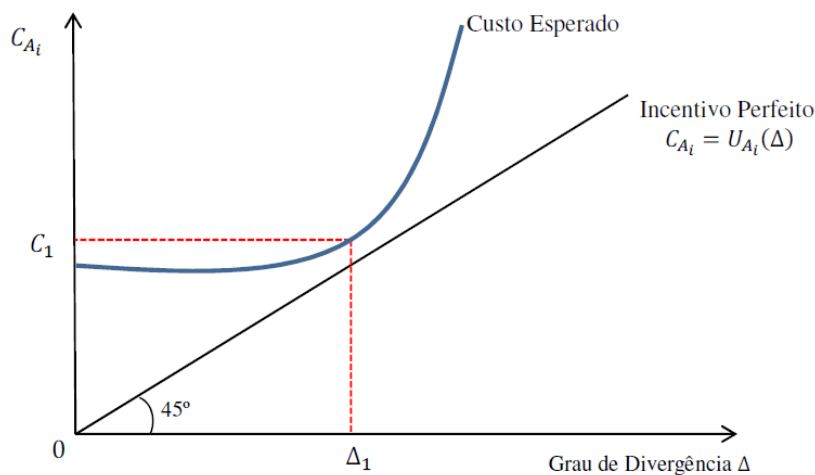


fácil perceber que, de  $\Delta_1$  a  $\Delta^*$ , o custo marginal de divergir ( $p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ ) é menor do que o benefício marginal de divergir ( $U_{A_i}'$ ), enquanto de  $\Delta^*$  a  $\Delta_2$ , tem-se o inverso, logo, o juiz racional aumentará sua divergência até alcançar o nível ótimo de divergência  $\Delta^*$ , no qual  $U_{A_i}' = p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ . O juiz estratégico apenas alterará sua conduta na presença de algum choque que modifique o custo esperado de divergir.

Uma analogia desse equilíbrio pode ser traçada com o Judiciário como um todo e os demais Poderes, tomando-se a lei escrita aprovada e sancionada como uma única posição clara e definida dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse caso, o STF poderia discordar dessa posição dentro de um espaço de divergência racional. Países que, a título de exemplo, parecem ter construído um bom equilíbrio intra e extrajudiciário são os Estados Unidos (sistema consuetudinário) e a Alemanha (sistema romano-germânico). Este equilíbrio depende fundamentalmente das condições sociopolíticas e institucionais de cada sociedade.

O terceiro caso a ser analisado é quando há incentivos perfeitos para que o juiz  $A^i$  siga a jurisprudência e, assim haja a formação máxima de capital jurídico. Para que os incentivos do agente estejam perfeitamente alinhados aos interesses do principal, i.e., para desincentivar os juízes a não seguirem a jurisprudência, simplesmente reverter as decisões divergentes pode não ser suficiente, pois apenas uma parte das sentenças é examinada. Logo, para  $p(\Delta) < 1$ , o custo esperado da reversão  $p(\Delta)C_{A_i}(\Delta)$  deve ser estabelecido em patamar superior a  $U_{A_i}(\Delta)$  e, portanto, acima da curva de incentivo perfeito, que pressupõe  $p(\Delta) = 1$ . Nessa hipótese, o juiz  $A^i$  não apenas incorre em custos adicionais positivos, caso não siga a jurisprudência, mas o custo esperado é sempre superior à utilidade esperada da divergência ( $p' C_{A_i} + p C_{A_i}' > U_{A_i}'$ ,  $\forall \Delta \in \mathbb{R}$ ). Assim, da Equação 4-1 temos que o comportamento racional do juiz será sempre seguir a jurisprudência, gerando o máximo de capital jurídico. O comportamento do juiz racional pode ser ilustrado assim:

Figura 2: Incentivo Perfeito para Seguir a Jurisprudência



Há democracias maduras em países desenvolvidos nas quais a estrutura judiciária se assemelha justamente ao modelo acima, sendo o melhor exemplo o caso japonês. Para alguns, a *SaikōSaibansho* pode ser considerada a mais conservadora Suprema Corte do mundo<sup>24</sup>, em um país democrático. Desde sua criação em 1947, a *SaikōSaibansho* declarou inconstitucional apenas oito leis<sup>25</sup>, enquanto sua equivalente alemã, a

24 BEATTY, D. M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1998. p. 121.

25 SATOH, Jun-Ichi. Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v.41, n. 2, p. 603-627, 2008. Disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol41/iss2/5.>

*Bundesverfassungsgericht*, criada apenas em 1951, até maio de 2009, já havia declarado a inconstitucionalidade de 611 dispositivos normativos<sup>26</sup>. Por outro lado, a marca brasileira é uma incógnita, já que o STF não mantém um controle de quantos dispositivos normativos já declarou inconstitucional, mas deve estar muito além do desempenho alemão. A declaração de inconstitucionalidade no Brasil se tornou um fenômeno tão frequente que foi necessário criar a figura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, isto é, uma ação cujo objeto é declarar que uma lei promulgada pelo Congresso Nacional realmente é constitucional e, portanto, deve ser seguida.

Na estrutura judiciária japonesa, existem inúmeros mecanismos formais e informais de coordenação entre as instâncias superiores e as instâncias inferiores, que incluem: a formação jurídica dos magistrados, a política de recrutamento, as regras de promoção, o processo de seleção dos Ministros da *SaikōSaibansho*, as limitações de recursos e a concentração de poder nas mãos do Ministro-Presidente da *SaikōSaibansho*<sup>27</sup>. Tais mecanismos, distintos dos implementados no contexto brasileiro, geraram não um Judiciário necessária ou essencialmente conservador, mas um Judiciário altamente sensível e coordenado com suas lideranças, justamente o modelo ilustrado na Figura 3, sendo que a independência do Judiciário foi mantida, ainda que a do juiz de 1º grau não<sup>28</sup>. Vale notar que o conservadorismo judicial japonês pode ser interpretado muito mais como um conservadorismo político em geral, já que salvo alguns breves períodos, a política japonesa tem sido dominada por um único partido conservador<sup>29</sup>, o que apenas reforça a necessidade de modelos que levem em consideração a interação estratégica entre Judiciário e outros Poderes.

É interessante perceber que em um estudo comparativo sobre a crise do sistema judicial no mundo, justamente o Japão, juntamente com a Holanda, era apontado como o sistema jurídico com melhor desempenho<sup>30</sup>.

Em resumo, na primeira hipótese, em que não há qualquer custo adicional imposto ao juiz  $A^i$  caso não siga a jurisprudência ( $C_{A_i} \rightarrow 0$ ), mas a turma  $P^k$  incorre em custos para rever tais decisões ( $C_{P_k} > 0$ ), da Equação 4-1, temos que o comportamento racional do juiz é divergir sempre que suas preferências forem diferentes da turma, não investindo qualquer recurso na formação de capital jurídico. Nesse caso, a segurança jurídica será apenas aquela decorrente da coincidência de preferência dos magistrados, acrescida dos casos que a turma  $P^k$  conseguir reverter e, claramente, a custos maiores, o que é uma solução ineficiente ( $M_{C_{A_i}=0} < M^*$ ). Esse cenário é caracterizado pela menor formação de capital jurídico ( $J_{C_{A_i}=0} < J^*$ ) e pelo maior nível de anarquismo judicial.

Já na segunda hipótese, em que há algum custo adicional imposto ao juiz  $A^i$  caso não siga a jurisprudência ( $C_{A_i} > 0$ ), mas em que a turma  $P^k$  incorre em custos para rever tais decisões ( $C_{P_k} > 0$ ), os incentivos a convergir não são perfeitos, criando-se um espaço de divergência racional dentro do qual o juiz estratégico aumentará sua divergência até alcançar o nível ótimo de divergência  $\Delta^*$ . Nesse ponto,  $U_{A_i}' = p' C_{A_i} + p C_{A_i}'$ . Novamente, os recursos usados para reverter parte dessas decisões constituem ineficiência na formação de capital jurídico, mas menor do que na primeira hipótese, pois o grau de convergência jurisprudencial e, portanto, o investimento judicial em J será maior do que na primeira hipótese ( $M_{C_{A_i}=0} < M_{C_{A_i}>0} < M^*$ ), logo,  $J_{C_{A_i}=0} < J_{C_{A_i}>0} < J^*$ . Há um nível menor de anarquismo judicial.

26 THE ECONOMIST. Judgment days: The little-known judges on Germany's Constitutional Court exert real influence, not only at home but also abroad. *The Economist*, Karlsruhe, p. 59, 26 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/13376204>>.

27 LAW, D. S. The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan. *Texas Law Review*, v. 87, n. 7, p. 1.545-1593, jun. 2009.

28 RAMSEYER, J. M.; RASMUSEN, E. B. The Case for Managed Judges: Learning from Japan after the Political Upheaval of 1993. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, p. 1929, 2006.

29 LAW, D. S. The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan. *Texas Law Review*, v. 87, n. 7, p. 1.545-1593, jun. 2009.

30 ZUCKERMAN, A. A. S. Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure. In: ZUCKERMAN, A. A. S. *Civil Justice in Crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 13-14.

Por fim, na terceira hipótese, desenham-se mecanismos suficientes para que o juiz  $A^i$  não tenha qualquer incentivo para não seguir a jurisprudência e a regra jurídica aplicada será sempre aquela determinada pela turma  $P^k$ , eliminando-se o problema de agente-principal. Esse alinhamento perfeito gerará cooperação entre as instâncias e reduzirá substancialmente os custos com o processo de apelação, aproximando-se o investimento em capital jurídico do nível ótimo com o menor custo possível ( $M_{C_{A_i}=0} < M_{C_{A_i}>0} < M^*$ ). Obviamente esse resultado levará a uma menor variação das regras jurídicas, mas essa é a essência da ideia de formação de capital jurídico ( $J^*$ ) e da segurança jurídica.

Apesar de citar  $i$  juízes e  $k$  turmas, o modelo proposto acima supôs implicitamente que uma única turma sempre avaliaria a sentença de um único magistrado, não levando em consideração que pode haver mais de uma turma no tribunal e que elas podem ter entendimentos diversos. Outra forma de ver a questão é supor que  $P^k$  seja o tribunal e não a turma, já com uma única posição consolidada. A análise acima se manteria válida. Esse modelo pode, então, ser expandido para incluir  $k$  turmas com entendimentos diversos, ou ainda para analisar o comportamento das próprias turmas como agentes e o Pleno do tribunal como principal, ou, ainda, para tentar modelar as interações estratégicas em um contexto em que as composições dos tribunais vão se alterando no tempo e as implicações disso para o alinhamento horizontal (obediência à jurisprudência pelo próprio tribunal) e para o alinhamento vertical (obediência à jurisprudência pelos juízes).

Além disso, é importante fazer uma diferenciação entre que tipo de políticas judiciárias poderiam ser adotadas para aumentar o grau de uniformização de jurisprudência e, portanto, reduzir a anarquia judicial. Chamamos **mecanismos internos de formação de jurisprudência** todos os investimentos que cada magistrado pode realizar individualmente na melhor elaboração de sua própria decisão, tais como realizar pesquisa jurisprudencial prévia; escrever em português claro e objetivo, para evitar ambiguidades; atacar todos os argumentos apresentados pelas partes, para que tais informações decisórias sejam transmitidas; identificar de forma clara, precisa e separadamente cada questão jurídica e cada questão factual, para que fique bem claro o que é uma decisão de fato e uma decisão de direito etc.

Por outro lado, os **mecanismos externos de formação de jurisprudência** podem ser realizados pelos tribunais para que não apenas as decisões de 2ª instância fiquem disponíveis para pesquisa pela comunidade, mas também as decisões de 1ª instância; que sejam criados indexadores que permitam a identificação de decisões prévias e quantas vezes elas são citadas por outras decisões, quantas vezes são revertidas etc. A capacidade de perceber a um baixo custo a taxa de reversibilidade de cada magistrado e a taxa de reversibilidade para o tipo de regra aplicada reduziria substancialmente o ruído de cada sinal e permitiria aos magistrados que estão decidindo e aos que decidirão no futuro uma visão dinâmica instantânea da direção na qual está caminhando a jurisprudência. Aliás, o acesso a informações acerca da taxa de apelabilidade e da taxa de sucesso das apelações interpostas também facilitaria a comunicação entre as várias instâncias e reduziria o ruído dos sinais recebidos. Tudo isso facilitaria a formação de jurisprudência e, portanto, representa investimento em capital jurídico ( $M$ ).

Como observação final, note-se que a presença de mecanismos não-coercitivos como a disponibilização da taxa de apelabilidade associada a certos tipos de decisão e/ou da taxa de reversibilidade associada a cada magistrado, ainda que não agregada a qualquer tipo de sanção formal, como preterimento em caso de promoção, transfere informação para a comunidade judiciária e pode ativar um mecanismo de cooperação reputacional espontâneo. A redução substancial de ruídos acerca desses sinais relevantes pode levar a uma diminuição de incertezas e, assim, à formação e/ou correção mais rápida de jurisprudência, logo, contribui positivamente para a formação de capital jurídico ( $J$ ).

## 6. CONCLUSÃO

A redução do estoque de capital jurídico, seja por depreciação, seja por obsolescência, gera insegurança jurídica, uma forma de incerteza. Essa insegurança, por sua vez, aumenta os custos privados de transação para a realização de acordos extrajudiciais (autocomposição) e, portanto, gera incentivos para que os particulares iniciem litígios, isto é, levem questões para serem decididas pelo Judiciário (heterocomposição). Esses incentivos dão origem a um período de expansão da litigância, que provocará, por fim, a produção de decisões judiciais definitivas. Caso os magistrados invistam na produção e manutenção das regras jurídicas comuns nesse período de expansão, elas se converterão em jurisprudência e passarão a orientar o comportamento prospectivo dos agentes. Agora, estes saberão como o Judiciário se portará no futuro, caso conflitos daquela natureza surjam novamente. Essa certeza jurídica diminui custos de cooperação e incentiva a celebração de acordos extrajudiciais que emulam a sentença esperada, a custos menores. Estará formado, então, capital jurídico. Nesse sentido, a reposição do capital jurídico depreciado traz segurança jurídica que, a seu turno, leva a um período de retração da litigância. Essa oscilação entre períodos de expansão e retração da litigância é o ciclo natural da litigância.

Neste artigo argumentamos que o funcionamento regular do ciclo de litigância depende fundamentalmente da produção de capital jurídico que, por sua vez, depende de dois bens complementares: investimentos das partes privadas em atividades litigiosas (L) e investimentos dos magistrados na produção e manutenção de jurisprudência (M).

Ao investir em atividades litigiosas, as partes privadas se beneficiam apenas da utilidade gerada pelo bem da vida em discussão, não podendo se apropriar inteiramente dos benefícios gerados para o bem-estar social decorrentes da formação de capital jurídico. Tais benefícios são externalidades positivas da atividade litigiosa. Dados os baixos custos para litigar no Brasil, a busca de benefícios privados pode ser suficiente para a realização de investimento ótimo em L, sendo que a jurisprudência será apenas um subproduto desse investimento.

Por outro lado, o mesmo não pode ser esperado dos magistrados. Com toda a estrutura de proteção e independência política, administrativa e financeira de que gozam os magistrados brasileiros, existem poucos incentivos para que estes aloquem recursos adicionais na formação e manutenção de jurisprudência, já que eles podem resolver o conflito (lide) a sua frente sem necessariamente realizar tais investimentos. É essa questão que o presente artigo buscou responder, modelando os incentivos dos magistrados.

Ao reconhecermos o potencial conflito de interesses imanente a qualquer organização burocrática hierarquizada, usamos uma abordagem agente-principal para retratar as hipóteses em que há um conflito de interesses entre graus de jurisdição diversos e suas implicações para a formação de capital jurídico.

O modelo agente-principal mostra que a depender dos mecanismos de coordenação presentes, pode ou não haver incentivos ao magistrado para a formação e manutenção da jurisprudência. Nestes casos, a produção de capital jurídico será uma função da capacidade dos graus superiores de jurisdição de reverem as decisões anteriores e de imporem custos aos magistrados revertidos. Exemplos de mecanismos que podem ser considerados são: indexação das informações; criação de índices de reversibilidade por magistrado e por tese jurídica; controle das taxas de apelação e das taxas de sucesso das apelações; utilização do índice de reversibilidade para fins de promoção por mérito; maior escalonamento dos salários dos magistrados; imposição de penalidades administrativas para magistrados com elevadas taxas de reversibilidade; etc. Todas essas medidas imporiam custos adicionais ao magistrado em caso de reversão ou diminuiriam custos de monitoramento pelo tribunal, e, portanto, facilitariam o autocontrole ou mesmo viabilizariam a criação de um mecanismo de reputação na comunidade judiciária.

O estudo dessa abordagem não apenas ilustra que o comportamento do magistrado pode ser passível de análise juseconômica, mas – e principalmente – informa sob quais condições podemos esperar a realização

de investimentos em capital jurídico. Nos casos em que houver identidade ou similitude de posições, a jurisprudência pode surgir como um resultado natural da cooperação entre as instâncias, sendo recomendada a instalação de mecanismos que reduzam ao máximo os custos associados com a obtenção de informações dos magistrados a respeito do desempenho de seus pares e a seu próprio respeito. Quanto mais transparência e circulação de informações, melhor. Por outro lado, nos casos em que houver divergência de posições, a forma de gerar os investimentos necessários em capital jurídico é pela implementação de mecanismos de uniformização de jurisprudência que reduzam custos de monitoramento dos tribunais e imponham custos aos magistrados na hipótese de reversão.

Desse modo, dada a estrutura de incentivos dos magistrados brasileiros e a ausência de mecanismo que imponham custos adicionais aos mesmos em caso de reversão, concluímos que só será formado capital jurídico suficiente (mais próximo do nível ótimo,  $J^i \rightarrow J^*$ ) nas áreas do direito em que houver relativa similitude de posições em todas as instâncias. Nas demais, é de se esperar certo grau de anarquismo judicial e insegurança jurídica. Considerando que o processo seletivo de magistrados tem caminhado no sentido de atrair membros com históricos e valores cada vez mais diversos, é de se esperar que esse grau de divergência apenas cresça em uma sociedade plural e multivalorativa. O impacto dessa divergência descoordenada ou anarquismo judicial é a sobreutilização do Judiciário e seu congestionamento, com o inevitável o enfraquecimento do Estado de Direito.

## REFERÊNCIAS

- BEATTY, D. M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1998.
- BECKER, G. S. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, Columbia, v. 76, p. 169-217, 1968.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BRENT, J. An Agent and Two Principals: U.S. Courts of Appeals Responses to Employment Division, Department of Human Resources v. Smith and the Religious Freedom Restoration Act. *American Politics Quarterly*, v. 27, n. 2, p. 233-266, 1999.
- CLARK, T. S. A Principal-Agent Theory of En Banc Review. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 25, n. 1, p. 55-79, 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2011.
- COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.
- CONJUR. Marco Aurélio vê sua homenagem como “estímulo”. *Consultor Jurídico*, 6 Julho 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>.
- COOTER, R. D. Prices and Sanctions. *Columbia Law Review*, v. 84, p. 1523-1560, Oct. 1984.
- COOTER, R. D.; ULEN, T. S. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DE SOTO, H. *Economia subterrânea: uma análise da realidade peruana*. Rio de Janeiro: Globo, 1987.
- GICO JUNIOR, Ivo T. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2006.
- GICO JUNIOR., Ivo T. Anarquismo Judicial e Teoria dos Times. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 269-294, 2013.
- GICO JUNIOR., Ivo T. O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 435-464, jul./dez. 2013.

GICO JUNIOR, Ivo T. A Tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *NBER Working Paper Series*, p. 1-69 ago. 1976.

LAW, D. S. The Anatomy of a Conservative Court: Judicial Review in Japan. *Texas Law Review*, v. 87, n. 7, p. 1545-1593, jun. 2009.

MARSHACK, J.; RADNER, R. *Economic Theory of Teams*. New Haven: Yale University Press, 1972.

MCCUBBINS, M. D.; SCHWARTZ, T. Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms. *American Journal of Political Science*, v. 28, n. 1, p. 165-179, fev. 1984.

MICELI, T. J.; COSGEL, M. M. Reputation and Judicial Decision Making. *Journal of Economic Behavior and Organization*, v. 23, n. 1, p. 31-51, jan. 1994.

POSNER, R. A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 399-458, jun. 1973.

POSNER, R. A. What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, p. 1-41, 1993.

RAMSEYER, J. M.; RASMUSEN, E. B. The Case for Managed Judges: Learning from Japan after the Political Upheaval of 1993. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 154, p. 1879-1930, 2006.

SATOH, Jun-Ichi. Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight. *Loyola of Los Angeles Law Review*, Los Angeles, v.41, n. 2, p. 603-627, 2008,. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol41/iss2/5>>.

SCHNEIDER, M. R. Judicial Career Incentives and Court Performance: an empirical study of the German Labour Courts of Appeal. *European Journal of Law and Economics*, v. 20, n. 2, p. 127-144, 2005.

THE ECONOMIST. Judgment days: The little-known judges on Germany's Constitutional Court exert real influence, not only at home but also abroad. *The Economist*, Karlsruhe, p. 59, 26 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/13376204>>.

ZUCKERMAN, A. A. S. Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure. In: \_\_\_\_\_. *Civil Justice in Crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 496.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república**  
The (dis)harmony between the powers and (in)tense dialogue between democracy and republic

Alessia Barroso Lima Brito Campos  
Chevitarese

# A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república\*

## The (dis)harmony between the powers and (in)tense dialogue between democracy and republic

Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese\*\*

### RESUMO

A Constituição da República Brasileira de 1988 consagra em seu art. 2<sup>a</sup> a independência e a harmonia entre os poderes. Ocorre que, em certos aspectos, o diálogo institucional demonstra contornos de *tensão*. No que concerne a uma atuação *mais positiva* do Poder Judiciário, destacam-se as hipóteses de impetração de Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de possível violação ao direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, sobretudo nos casos em que há matérias constantes em projetos de leis que violem cláusulas pétreas e procedimentos que violem direitos das minorias. Contudo, seria essa atuação uma *disfunção* da teoria da separação dos poderes e dos próprios pilares de uma República Democrática? O presente trabalho tem por finalidade compreender o diálogo entre a função legislativa e judiciária no que concerne à *nomogênese legislativa*. Trata-se de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial que apresenta como critério de originalidade a transposição da doutrina do *excesso do poder legislativo* para efeitos de uma técnica de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade pela via do Mandado de Segurança. Apresenta-se ainda a possibilidade de *overruling* da Súmula 266/STF de 13/12/1963. Conclui-se que, a *legisprudência* pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo *tenso* entre Poder Judiciário e o Poder Legislativo, considerando ser a tarefa de criação da lei um saber *poligênético*, mormente no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Democracia. República. Supremo Tribunal Federal. Poder Legislativo. Legisprudência. Mandado de segurança.

\* Artigo convidado.

\*\* Advogada. Professora Universitária. Doutoranda em Direito e Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). E-mail: alessia.chevitarese@uniceub.br. O presente trabalho é fruto dos debates acadêmicos produzidos no âmbito do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC), bem como, compõe o desenvolvimento do tema pertinente à tese produzida pela autora no Programa de Doutorado em Direito no UniCEUB.

### ABSTRACT

The Brazilian Constitution of the Republic of 1988 establishes in its 2nd article independence and harmony between the powers. Occurs in certain aspects, the institutional dialogue shows contours of tension. Concerning a more positive role of the judiciary, there are the chances of filing for a kind of petition (writ of mandamus) before the Supreme Court, on the grounds of possible violation of subjective public right of parliamentary not submit to unconstitutional legislative process, especially in cases where there are



matters included in projects that violate laws immutable clauses and procedures that violate the rights of minorities. However, would this action be a dysfunction of the theory of separation of powers and the very pillars of a democratic republic? This study aims to understand the dialogue between the legislative and judicial function concerning the legislative ‘nomogenesis’. It is a doctrinal and jurisprudential research that presents as a criterion of originality transposition of the doctrine of excess of legislative power for the purpose of technical preventive judicial review of constitutionality by writ of mandamus. Still presents the possibility of overruling Precedent 266/STF of 13/12/1963. We conclude that the jurisprudence can be an instrument of control and conformation of tense dialogue between the judiciary and the legislature, considering that the task of creating a knowledge of the law is polygenetic, especially regarding the custody of constitutional precepts.

**Key-words:** Democracy. Republic. Federal Supreme Court. Legisprudence. Petition writ of mandamus.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade compreender o diálogo institucional entre o Poder Legislativo e o Poder judiciário, aqui representado por sua alta instância, o Supremo Tribunal Federal (STF), no que concerne à *nomogênese legislativa*.<sup>1</sup> O primeiro problema a ser enfrentado é de ordem normativa, a regra constitucional prima pela *harmonia* entre os Poderes, mas há especificamente casos concretos, que podem ser impugnados pela via do Mandado de Segurança (MS), interposto por parlamentar. Nesse sentido, a importância da análise do tema se reveste de especial atenção sobre um procedimento que se situa no limite fixado por pilares democráticos, sobretudo no que concerne à garantia de independência do Poder Legislativo.

Para efeito do presente trabalho apresentam-se como objetos de investigação: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que viole cláusula pétrea e Lei infraconstitucional que ofendam direitos das minorias.<sup>2</sup> Assim, nessas situações como se dá o diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo no contexto de uma República Democrática?

Dworkin ao analisar a evolução do papel desempenhado pela da Suprema Corte norte americana, a partir do caso *Marbury vs. Madison*,<sup>3</sup> ressalta que, na atualidade, “*a questão crucial não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder*”.<sup>4</sup> A análise dessa questão pode ser empreendida, a partir da atuação do STF nesses casos específicos, como uma espécie de *freio Republicano*, com a finalidade de implementar um mecanismo de contrapeso à soberania parlamentar democrática quando há excessos de poder que podem atentar à própria democracia.<sup>5</sup> Em uma visão mais ampla, não se trata de obstar o debate na arena democrática por excelência. Mesmo porque, *in casu* a competência para a propositura do MS é do próprio parlamentar diante de uma possível violação de seu direito público subjetivo de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, sobretudo nos

1 É certo que as tensões entre os Poderes Legislativos e Judiciários são também decorrentes da atuação do Poder Executivo, sobretudo diante da realidade brasileira de um presidencialismo de coalizão. Contudo, a presente análise, por razões de extensão do trabalho, delimitação do objeto e também de aprofundamento em uma temática, limita-se aos contornos do diálogo entre os dois primeiros.

2 Minoria aqui entendida como *direito de oposição* (partidário). Não é objetivo desse trabalho realizar um estudo interdisciplinar sobre a teoria das decisões coletivas “patrimônio de poucos cultores na ciência política”. A questão sobre as minorias enquanto grupos sociais de origens étnicas, religiosas, de gêneros requer a aprofundamento na teoria das decisões coletivas. Registra-se que essas minorias também têm se valido do Mandado de Segurança para a garantia de seus direitos, a título exemplificativo, cita-se o MS. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. p. 312.

3 Julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. *Leading case* citado como marco do *Judicial Review*, em termos de um controle difuso de constitucionalidade. UNITED STATES. Supreme Court. 1803. Sentence of February 11. *Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/default.aspx>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

4 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 427.

5 WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

casos em que há matérias constantes em projetos de leis que violem cláusulas pétreas e procedimentos que violem direitos das minorias. Na verdade, o debate continua no âmbito do Poder Judiciário que só age por provocação. Ressalta-se também a ampliação do debate a partir da aceitação dos *amici curiae* no âmbito do julgamento em sede do mandado de segurança. Cumpre lembrar ainda o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido no art. 5º, inc. XXXV, CF e a impossibilidade do *non liquet*.<sup>6</sup>

A partir dessas premissas, é possível avaliar outras questões decorrentes e fundamentais ao deslinde da problemática inicial. Assim, qual a natureza do mandado de segurança como instrumento de controle preventivo de constitucionalidade?<sup>7</sup> O mandado de segurança é um instrumento legítimo para colmatar os conflitos de ordem jurídico-política?

O controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade recai sobre o processo de elaboração legislante pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar. Contudo, a Súmula 266/STF de 13/12/1963<sup>8</sup> pacifica o entendimento no sentido do não cabimento do MS contra lei em tese. Contudo, “*é de se indagar se ainda subsistem razões para a manutenção dessa orientação restritiva.*”<sup>9</sup>

A Súmula 266 do STF, recepcionada pela Constituição da República de 1988, foi criada sob a égide e o contexto histórico da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Diante desse cenário, é possível atentar para a necessidade de atualização da interpretação dada ao precedente e até mesmo refletir sobre a hipótese de *Overruling*.<sup>10</sup> Em situações específicas (a regra é a *harmonia*), há que se reconhecer, em visão *finalística*, que os efeitos da publicação da lei são mais danosos que o exercício do controle preventivo.<sup>11</sup> Assim, é possível pensar o *overruling* da Súmula 266/STF e uma mudança de sentido no que concerne ao entendimento de que, em caso de propositura do mandado de segurança estar-se-ia diante de uma possível violação do *direito público subjetivo do parlamentar* de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, quando, em verdade, o parlamentar age em função de um mandato representativo. Trata-se de uma garantia dos representados de não ter aprovada uma lei de flagrante inconstitucionalidade material.

6 Cf. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.

7 A análise sobre a natureza jurídica do MS demanda revistar a construção histórica do próprio MS e, sobretudo, as influências de contextos exógenos no desenvolvimento de sua teoria e prática. Contudo, para efeito do presente trabalho, destaca-se a atuação do Supremo Tribunal Federal quanto ao cabimento de um remédio constitucional que controlasse o próprio processo legislativo, impedindo que este se desenvolvesse quando o conteúdo da proposta de emenda constitucional que violasse cláusula pétreia. Sob esse aspecto, colaciona-se o célebre voto do Ministro Moreira Alves no julgamento do Mandado de Segurança 20.257. O *iter* de sua decisão foi formado no sentido de que, é um direito público subjetivo do parlamentar de não deliberar sobre matéria cujo processo legislativo é vedado pela Constituição. Assim, referido direito reveste-se de conteúdo líquido e certo em face da incidência de uma cláusula pétreia no trâmite do processo legislativo. E, o ato coator seria a tramitação da proposição como um todo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS n. 20.257-DF*. Tribunal Pleno. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale. Coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Ministro Décio Miranda. Brasília, 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 30 maio 2013.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 266*. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_201\\_300](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300)>. Acesso em 30 maio 2013.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 548.

10 “O *overruling* apresenta-se como o resultado de um discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade de uma regra jurisprudencial antes visualizada como correta.” [...] As situações que são ocasião ao *overruling* – a anulação de um precedente pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu – costumam variar, em cada sistema jurídico, em função de fatores institucionais e extrainstitucionais que influem sobre a força do precedente judicial”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388. Ainda, para Marinoni: “a revogação de um precedente depende de adequada conformação entre os requisitos básicos para o *overruling* – ou seja, a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica – e os critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente a confiança justificada e a preservação contra a surpresa injusta.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.391.

11 “Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis”. LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

Com efeito, nos casos especificamente citados como objeto de investigação do presente trabalho, desenvolve-se a hipótese de admissão do controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar.<sup>12</sup> Em termos doutrinários, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade adota o sistema *misto*, contudo *prima* pela dinâmica do modelo repressivo, uma vez que a competência dos membros do Congresso Nacional para impugnar projetos de leis inconstitucionais, mediante mandado de segurança, deve ser exercida de maneira.

[...] parcimoniosa para evitar fortes interferências em assuntos internos de poder legislativo, levando em consideração que a lei poderá ser objeto de fiscalização após a sua promulgação.<sup>13</sup>

*Prima facie*, deve-se atentar para a justificativa e a extensão do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, uma vez que há previsão da incidência do controle político no modelo brasileiro, mais precisamente do controle político do Projeto de Lei exercido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC. No âmbito do Poder Executivo, há a incidência também do controle político por meio do veto. Para Limonge e Figueiredo, o padrão organizacional do Poder Legislativo (altamente centralizado) e do Poder Executivo brasileiro (demasiadamente dominador da esfera legislativa) é bastante peculiar, em verdade, trata-se de um sistema em que o Legislativo e o Executivo intencionalmente se *confundem*. Na verdade, “o Executivo domina o Legislativo porque tem o poder de agenda” e no âmbito do Legislativo:

[...] a agenda é processada e votada por um corpo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com princípios partidários.<sup>14</sup>

Ainda, em termos reais “no interior desse quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação”.<sup>15</sup> Em consequência, o controle exercido pelo presidente sobre a agenda dos trabalhos parlamentares e do processo decisório no interior do Congresso impacta diretamente na escolha das matérias legislativas cujo conteúdo pode obstar os direitos da minoria em flagrante afronta a preceitos constitucionais. Ademais, essa espécie de controle não é exaustiva. Se assim fosse, colocar-se-ia em discussão, a utilidade do controle repressivo de constitucionalidade, mormente da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Verifica-se que o controle político está sujeito, por sua natureza, “a tantos fins quantos são as metas que grupos organizados propõem, de acordo com os tempos e circunstâncias.”<sup>16</sup>

Superada essa questão, em linhas gerais, o exercício do controle jurisdicional preventivo tem por objetivo impedir a tramitação de PEC lesiva a cláusulas pétreas. Em regra, trata-se de uma inconstitucionalidade

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS n. 20.257-DF*. Tribunal Pleno. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale. Coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Ministro Décio Miranda. Brasília, 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 30 maio 2013. E BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24138-DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Rubens Bueno. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772099/mandado-de-seguranca-ms-24138-df>>. Acesso em: 30 maio 2013.

13 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77-78.

14 LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova: Revista de cultura de política*, n.44, p. 82-215, 1998. p.84-85.

15 LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova: Revista de cultura de política*, n.44, p. 82-215, 1998. p.84-85. No que concerne ao impacto do modelo do presidencialismo de coalizão na concretização da agenda imposta pelo Executivo ao Legislativo, destaca-se o trabalho de Sérgio Antônio Ferreira Victor. O autor aponta alguns indicadores constantes da pesquisa feita em 2010 pelo Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo – NUPPS. Nesse sentido: “O funcionamento do presidencialismo de coalizão brasileiro, estatisticamente considerado, apresenta números que afastam peremptoriamente a alegação de que o sistema tenderia à paralisia. A agenda do governo é dominante e bem-sucedida. Isso significa que a pauta política é ditada por essa agenda e que ela é, via de regra, aprovada. A taxa de dominância é próxima de 90%, de fato, o que vai à votação é a agenda do governo, ao passo que a taxa de aprovação é superior a 70%, muito próxima àquelas verificadas em estáveis democracias parlamentaristas. Isso demonstra que o presidencialismo de coalizão brasileiro funciona com alto grau de disciplina partidária.” VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. 2011. f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas)—Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

16 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. p. 954.

formal, isto é, a questão discutida é relativa ao processo legislativo previsto pela Constituição Federal para o trâmite de PEC. O próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. Esse entendimento encontra respaldo na Jurisprudência do STF.<sup>17</sup> Ademais, há que se verificar qual o sentido da expressão *deliberação* contida na norma constitucional em seu artigo 60, §4º.<sup>18</sup>

Já o controle preventivo de constitucionalidade, por meio da impetração de mandado de segurança para suspender a tramitação de projeto de lei infraconstitucional, pode ser compreendido como um remédio constitucional protetivo do direito de oposição, ou do direito das minorias, que se insere no princípio democrático-republicano.<sup>19</sup> Essa tese é minoritária na doutrina e possui aceitação em alguns votos pontuais no STF<sup>20</sup>. Contudo, o entendimento majoritário do Tribunal é pelo indeferimento do MS ao argumento de que: i) trata-se de uma inconstitucionalidade material (aspecto substantivo do ato); ii) Prevalência da Súmula 266/STF de 13/12/1963 que não comporta o cabimento de MS contra lei em tese; iii) A lei só poderá ser atacada depois de sua existência (vigência), em sede de controle repressivo;<sup>21</sup> iv) Ofensa à tripartição de poderes.<sup>22</sup>

17 “O cabimento do mandado de segurança preventivo na defesa do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo veiculador de proposição tendente a abolir cláusulas pétreas foi aventado, pela primeira vez, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/69, no MS 20.257, impetrado por senadores da República contra a tramitação de Proposta de Emenda à Constituição que aumentava a duração dos mandatos os prefeitos, vice-prefeitos e vereadores municipais de 2 (dois) para 4 (quatro) anos. Nesse caso, julgado em 1980, os impetrantes eram os senadores Itamar Franco e Antonio Mendes Canale, os quais requeriam o impedimento da tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais 51 e 52, ambas de 1980, assim como da Emenda 3 às referidas propostas. Argumentavam que a proposição de elevação a duração dos mandatos municipais não poderia ser objeto de deliberação, ante o disposto no art. 47, § 1º, da Carta vigente à época, que dispunha: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República”. (Voto do Min. Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do MS 32.033 – DF em 12.06.2103, p. 1).BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32003-DF. Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342500/mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>>. Acesso em: 30 maio 2013.

18 Art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013. Eliardo Teles ao analisar a jurisprudência do STF, com destaque para o MS n. 20.257 de 08.10.1980 endente que: [...]“Na configuração constitucional das nossas cláusulas pétreas, o que fica impedido é a colocação em discussão e debate, o processamento, o andamento de uma proposição que viola o núcleo essencial da Constituição. Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal de 1980, “a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda”, “a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer — em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas — que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente”. TELES FILHO, Eliardo. Suspensão de trâmite de PL não deveria surpreender. Observatório Constitucional. *Consultor Jurídico (CONJUR)*. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-11/observatorio-constitucional-suspensao-tramite-pl-nao-deveria-surpreender>>. Acesso em: 12 maio 2013.

19 Um exemplo concreto dessa hipótese: em 23/04/2013, restou impetrado, por um Senador da República, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Segurança Preventivo (MS) nº 32.033, com pedido de medida liminar. O argumento que fundamentava a causa petendi consistiu na violação do devido processo legislativo quanto à tramitação do Projeto de Lei (PL) nº 4.470/2012, o qual estabeleceria “que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”. Apontou-se como autoridades coatoras a Câmara dos Deputados, em razão da votação, aprovação e envio do Projeto de Lei nº 4.470/2012, ‘supostamente viciado’, ao plenário do Senado Federal, para posterior deliberação, o que poderia acontecer a qualquer momento pela inclusão do referido projeto de lei em pauta de votação. A relatoria desse remédio constitucional coube ao Ministro Gilmar Mendes que em sede de liminar deferiu a ordem ao fundamento de que haveria uma possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional. Referida decisão foi tomada, ainda, diante da ofensa aos direitos da minoria. Contudo, na votação pelo colegiado, por maioria, o Tribunal conheceu do mandado de segurança e, no mérito, o indeferiu, cassando a liminar concedida (MS 32033 – DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes publicado em 18.02.2014).

20 Atualmente: Dias Toffoli, Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes. (MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 32003-DF. Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342500/mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>>. Acesso em: 30 maio 2013.

21 [...]“Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança”. (Acórdão do MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013, p. 2).

22 Assim, consoante o entendimento exposto no Acórdão do MS 32.033- DF de Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013: “A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no

Quanto a esses argumentos, são apresentadas as seguintes reflexões, respectivamente: i) Quanto à inconstitucionalidade material

[...] é possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorra do *desvio de poder* ou do *excesso de poder legislativo* (*excesso di potere legislativo*).<sup>23</sup>

Trata-se de uma proposta teleológica que consiste em *confrontar a lei consigo mesma*. Essa doutrina tem fundamento na transferência para o campo legislativo da figura dos desvios do poder nos atos administrativos. Nesse sentido, o *âmbito de liberdade de conformação legislativa* não é *in totum* absoluto. É um ato vinculado. A vinculação da lei decorre da Constituição e sua finalidade imanente impõe limites materiais da *não contrariedade, razoabilidade e congruência*.<sup>24</sup> Assim, a lei como produto de um critério de conformação de uma maioria pode afrontar conteúdos constitucionais e afetar direitos de oposição das minorias. Na seara da teoria da lei, a existência de vícios de mérito pode ser também compreendida à luz da *legística material*. Referida técnica pauta-se em critérios para assegurar que a nomogênese da lei

observe requisitos de qualidade e validade que lhes permitam preencher adequadamente e, com eficiência, os seus objetivos operacionais.<sup>25</sup>

Nesse contexto, associando-se os saberes da *legística à prudência* elementar à razão criadora da lei é possível refletir sobre a técnica da *legisprudência* como forma de compreensão do processo de criação das normas pelo legislador, levando-se em conta os critérios de eficiência, aceitabilidade e coerência.<sup>26</sup> A *legisprudência* é uma técnica que permite aproximação e o diálogo entre o legislador e o magistrado. Para Santos:

juízes e legisladores estão em um mesmo plano — ambos atuam como aplicadores de normas — e são responsáveis pelo dever de justificar as suas escolhas, no contexto de um Estado Democrático de Direito”. Nesse sentido, é possível refletir sobre a necessidade de uma “racionalidade prudencial do legislador”.<sup>27</sup>

ii) Quanto à vedação imposta pela Súmula 266/STF, de que não cabe MS contra lei em tese. Apresenta-se a possibilidade de *Overruling* em razão do contexto democrático republicano contemporâneo. É chegada a hora de se rever o sentido dessa proibição, criada em circunstâncias especiais não mais presentes da realidade constitucional instaurada a partir de 1988.

iii) A transposição da doutrina do *excesso do poder legislativo* deve ser feita com cautela para efeitos de uma técnica de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade pela via do MS. Nesse sentido, a

---

Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de opor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.” Acórdão do MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013, p. 2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32003-DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342500/mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>>. Acesso em: 30 maio 2013.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1062. Cf. ainda: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, [200?]; CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1950; ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Milano: Il Mulino, 2012 (Strumenti); PIZZORUSSO, A. Il controllo della corte costituzionale sull'uso della discriczionalità legislativa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 40, p. 795-818, 1986; BOCKEL, A. *Le pouvoir discrétionnaire du législateur*. Paris: Paris Economica, 1982.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1302.

25 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324.

26 SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito*. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 173.

27 SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito*. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 173.

*legisprudência* pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo tenso entre judiciário (limites da jurisdição) e legislativo (*espaço de prognose legislativa*)<sup>28</sup>, considerando-se a tarefa de criação da lei um saber poligenético, sobretudo no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais.

iV) A atuação do Supremo Tribunal Federal *in casu* deve ocorrer de forma legítima em respeito à divisão de poderes (predominância de funções), sobretudo em obediência ao princípio da interpretação conforme a constituição e também ao princípio do controle corretivo funcional inserido no sistema de freios e contrapesos. Parte-se da constatação de que as decisões em sede de mandado de segurança não se enquadram na modalidade de decisões *excessivamente criativas*, como uma categoria de *ativismo judicial*.<sup>29</sup> A própria inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF) assegura, com *grano salis*, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário. Ademais, a inércia do legislativo *in casu* será estabelecida pelo Judiciário. Com feito, o problema não é a intervenção pura e simplesmente, mas sim o agir prudente quanto aos limites da *ratio decidendi* em sede de MS. A regra é a não intervenção, mas em casos excepcionais de flagrante desrespeito à garantia constitucional de direitos cabe um agir positivo e fundamentado por parte do *guardião da constituição*. Com efeito, a partir da hipótese analisada no presente trabalho parece ser mais razoável fundamentar a ação do Supremo Tribunal Federal como freio republicano, do que como uma *disfunção no exercício do poder jurisdicional*.<sup>30</sup> Considerando-se que há diferenças práticas e conceituais entre *ativismo* e *judicialização*, a presente reflexão se limita a analisar as decisões tomadas no campo do direito que ingressam diretamente na seara da política ao resolver tecnicamente problemas políticos por meio de critérios essencialmente jurídicos. Por fim, cumpre ressaltar que para efeito do presente trabalho a atuação do STF pela via do MS não indica uma *Supremocracia*.<sup>31</sup>

A atuação da Jurisdição constitucional nesse contexto é legítima e está inserida na dinâmica de freios e contrapesos. Assim, não há que se falar em predominância de um poder sobre o outro. Afasta-se, ainda, a aceção do STF *como um paladino ou salvador da ordem jurídica*.<sup>32</sup>

O judiciário, enquanto controle contramajoritário, exerce um papel fundamental para a própria configuração da democracia em contraposição a uma ditadura da maioria.<sup>33</sup>

Conforme será demonstrado a seguir.

## 2. A MAIORIA DEMOCRÁTICA E A VIRTUDE REPUBLICANA

A interação entre Democracia e República nos estados modernos ocorre a partir de um princípio: a indivisibilidade do poder. Assim, no que concerne à titularidade do poder, esta é confiada ao *povo*.<sup>34</sup> Já o exercício desse mesmo poder é confiado às instituições que representam a *vontade geral* em consonância com o princípio da separação de poderes. Essa distinção é necessária, uma vez que a titularidade do poder e, portanto, a própria concepção de *povo* enquanto unidade do poder político é melhor compreendida à luz dos valores democráticos. E a análise quanto à prática de divisão do poder é uma tarefa confiada aos princípios republicanos. A partir dessa interação entre Democracia e República é possível examinar a condução das instituições políticas e do próprio Direito.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1300.

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

30 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

31 VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

32 Chamon Junior: prefácio à segunda edição de Cattoni de Oliveira. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

33 Carvalho Netto, Menelick de: Apresentação a Cattoni de Oliveira. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 33.

34 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.137.

Com efeito, a evolução do modelo de representação demonstra um conflito entre os interesses dos *governantes*, de um lado, e os dos *governados* (ou do *povo*), de outro.

Buscou-se uma solução ao incorporar ao conceito de representação a ideia de uma associação dos interesses dos dois grupos.<sup>35</sup>

Esses dois grupos representam o governo da maioria e o direito de oposição da minoria. A essa constatação, acrescenta-se a contribuição de Bork, a partir da qual,

há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democrática que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesse aspecto da vida uma tirania.<sup>36</sup>

A *igualdade política* é uma premissa fundamental da democracia indireta. Do ponto de vista do indivíduo, tem suas bases na luta por iguais condições de participação nos assuntos do Estado. Nesse sentido, um grande temor que perpassa os ideais democráticos é a constituição de um governo tirânico. Esse temor ainda persiste, mas essa *igualdade* na contemporaneidade se reveste de outras características como o *critério* de igualdade eleitoral (*one man, one vote*) e como um postulado do *processo decisório*, mais amplo que o *critério eleitoral* para composição de quórum.<sup>37</sup> Esse postulado defende a participação igualitária nos processos políticos. A igualdade política consiste basicamente em dois postulados: i) O governo da maioria está justificado como meio para alcançar a igualdade política enquanto não violar os direitos fundamentais de uma democracia; ii) Existência de instituições políticas e jurídicas necessárias para pôr limites adequados à autoridade da maioria para promulgar leis.<sup>38</sup> A representatividade deve ser construída em bases politicamente igualitárias. Assim, o que está em jogo na decisão da maioria é o procedimento para formar um conjunto de interesses. “*Não se espera que na democracia haja unanimidade*”.<sup>39</sup> Democracia é dissenso, isto é, liberdade para a divergência, em termos de participação na formação de interesses. E sob, esse aspecto a ordem jurídica democrática, deve garantir o direito de oposição das minorias.

A prova mais segura para julgar se um país é verdadeiramente livre, é o quantum de segurança que gozam as minorias.<sup>40</sup>

A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário<sup>41</sup>.

A democracia majoritária é o cerne do nosso sistema constitucional.<sup>42</sup> Contudo, como uma via de mão dupla, a experiência histórica demonstra que também pode haver minorias opressoras.<sup>43</sup> Para Constant quando, por exemplo:

uma minoria feroz e ruidosa toma o nome da maioria para tiranizar a sociedade e, o que elas alegam para justificar suas afrontas? A soberania do povo, sempre como princípio de governo.<sup>44</sup>

A República na contemporaneidade, no contexto de um Estado de Direito Democrático representa um *filtro racional* à vontade da maioria representa quando esta excede suas prerrogativas. Na verdade, a regência republicana na atualidade promove um resgate dos fundamentos do *Rule of Law* e do *Judicial Review*. Contu-

35 “O pressuposto fundamental desse raciocínio, de que os interesses de todos são essencialmente idênticos, é algo que ‘nossa geração tem dificuldade para engolir, e na verdade sabemos que muitos de nossos precursores também tinham suas dúvidas a respeito dele’”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 103- 105.

36 GARVEY, John H.; ALEINTKOFF, T. Alexander. *Modern constitutional theory: a reader*. Saint Paul: West Publishing, 1990. p. 41.

37 SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus, 2007. p. 30.

38 DAHL, Robert Alan. *La igualdad política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 28-30.

39 RIBEIRO, Renato Janine. *A República*. São Paulo: Publifolha, 2008. p. 35.

40 ACTON, Lord. *Essays on freedom and power*. New York: Meridian, 1955. p. 56.

41 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 12.

42 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 12.

43 Historicamente, citam-se os regimes autoritários.

44 CONSTANT, Benjamin. *Princípios de políticas aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. p.631.

do, quanto ao funcionamento desse sistema, importa em uma releitura do instituto da separação dos poderes ou uma *nova separação dos poderes* para Ackerman.<sup>45</sup> Com efeito, na realidade brasileira, a *intervenção* do Poder Judiciário no Legislativo pode ser legítima a fim de evitar que a maioria parlamentar *reinante* afronte direitos constitucionais consagrados à proteção das minorias. Seguindo-se o alerta de Villoro, esse pensamento *vivo* deve ser construído, a partir da experiência.<sup>46</sup>

O pensamento republicano, aliado ao ideal democrático é pautado no império da lei como expressão máxima da vontade do povo. Ocorre que a *vontade* ou os *desejos* do povo podem não ser os mais nobres. “*A tirania das massas é tão repugnante quanto a do indivíduo ou do grupo*”.<sup>47</sup> Para Ribeiro, o interesse (ou a vontade tirânica da massa) “*rompe decisivamente com a virtude*”. Este é um *perigo da democracia*. “*O desejo negocia pouco, a virtude despreza a negociação*”. Essa articulação constitui a temática do equilíbrio republicano.<sup>48</sup>

“A república é um reto governo de vários lares e do que lhes é comum, com poder soberano”. Com essa definição Jean Bodin abre o capítulo I, intitulado “qual é o fim principal da República bem ordenada” do primeiro livro da “República”. Diz-se, em primeiro lugar, reto governo pela diferença que existe entre as Repúblicas e as tropas de ladrões e piratas.<sup>49</sup> A República em sua essência representa o reto governo e também o locus da virtude.

Ressalta-se que a *virtude* contemporânea comporta a ideia de transparência (*visibility*) que, por sua vez, está associada à *accountability* horizontal, uma forma de *prestação de contas* entre os poderes da República. Nesse modelo, uma instituição atua para “*prevenir, corrigir e/ou punir ações/omissões de outra instituição*”.<sup>50</sup> Com efeito, se todo poder emana do povo, o Judiciário é juridicamente responsável para com o povo, por meio da guarda da constituição. A *accountability* do Poder Judiciário é um processo necessário, porém de natureza distinta, uma vez que seus membros não são eleitos, mas devem da mesma forma agir com *transparência* no exercício de seus atos.

O diálogo republicano/democrático entre o Judiciário e Legislativo não indica a supremacia de um poder sobre o outro, mas sim a *supremacia dos valores constitucionais*, base do Estado Democrático de Direito. Em termos de uma democracia representativa, se “*todo poder emana do povo que o exerce através de seus representantes*”<sup>51</sup>, há que se promover o *bem de todos*, sem qualquer discriminação como fundamento da República Federativa do Brasil<sup>52</sup>. E, havendo *ameaças* a esse direito constitucional, enseja-se a apreciação do Poder Judiciário<sup>53</sup>, *in casu* do guardião da Constituição<sup>54</sup>. Trata-se, em realidade de um governo de Leis e não de magistrados (*governo dos juízes*).<sup>55</sup>

45 ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

46 VILLOORO, Luis. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

47 RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton. (Org). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p. 13.

48 RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton. (Org). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p. 17.

49 BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. São Paulo: Ícone, 2011. p. 71.

50 O'DONNEL, Guilherme. Democracia, desarrollo humano y derecho humanos. In: O'DONNEL, Guilherme; LAZZETTA, Osvaldo; CULLELL, Jorge Vargas (Comp.). *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía*: reflexiones sobre la calidad de la democracia em América Latina. Rosário: Homo Sapiens, 2003. p.119.

51 Parágrafo único do artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

52 Artigo 3º, inc. IV: “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”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

53 Art. 5º, inc. XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

54 “Art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

55 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.



Em termos substanciais, o Poder legislativo é a arena democrática por natureza, onde se impera a regra da maioria. Contudo, para coibir os *excessos* da maioria cabe à república a contenção dos *desejos* democráticos. Esse papel é confiado ao poder Judiciário como instrumento de atuação republicana (contramajoritária), recordando-se as origens aristocráticas da República. De fato, a tradição republicana além de ser cívica é aristocrática.<sup>56</sup>

### 3. SEPARAÇÃO DOS PODERES E A (IN)TOCABILIDADE DOS ATOS DO PARLAMENTO NO MODERNO CONSTITUCIONALISMO

A separação dos poderes consagrada constitucionalmente não opera na atualidade em *perfeita* harmonia, se é que em algum momento isso foi possível. Ocorre que, “*nossos textos legais não vieram do Olimpo, nem de seus arredores*”.<sup>57</sup> A experiência demonstra que o instituto da separação dos poderes, na verdade, coexiste com a interferência necessária contra o arbítrio da maioria desenfreada, porém limitada ao *rule of Law*, para que não se converta em um *governo de juízes*. Com efeito, “*um judiciário politicamente fraco não estará à altura da missão constitucional de defender o povo contra a usurpação do poder, que redundará na ditadura e na tirania*”. E, da mesma forma

se o povo não prestigiar o judiciário recorrendo-se a ele para manter o equilíbrio do poder, haverá um desequilíbrio na República.<sup>58</sup>

Para Bigonha e Moreira, o esvaziamento do Parlamento no que concerne ao silêncio intencional de questões tormentosas e a judicialização da vida são ingredientes para uma revisão do modelo tradicional de separação de poderes. Com efeito, somente uma corte constitucional forte pode combater a maioria parlamentar reinante.<sup>59</sup>

Nesse sentido, há que se repensar a imunidade dos atos parlamentares decorrentes do Princípio da soberania do Parlamento e a doutrina das questões políticas. Como conquistas históricas representam um marco fundamental do processo de controle dos governos *tirânicos*, como observado por Tocqueville,

[...]quando os parlamentos são abolidos, o mesmo público que tão frequentemente tivera de suportar seus preconceitos, comove-se profundamente ao vê-los cair.

E, prossegue em lírica descrição, “*parecia que com eles caía a última barreira que ainda podia conter a arbitrariedade régia*”.<sup>60</sup> Contudo, a onipotência parlamentar também poderia se converter em uma concentração excessiva de poderes. A criação de uma instituição desvinculada do governo e do parlamento é um fator determinante para as modernas democracias. Para Kelsen “*é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo. A legislação é subordinada à Constituição*”.<sup>61</sup> Na contemporaneidade, em certa medida, a intocabilidade do parlamento pode revestir-se de uma *ideologia*, uma espécie de *distopia* para esconder a realidade conflitiva do cenário político.

Decerto, é inconcebível a *intervenção* do judiciário nos atos dos parlamentos em contextos em que a própria história do parlamento se confunde com a tradição constitucional do Estado, como é o caso da experiência britânica. Para Dicey, no constitucionalismo britânico, o princípio supremacia do parlamento tem como dogma o fato de que, que:

[...]nenhuma pessoa ou entidade é reconhecida pela lei da Inglaterra como tendo o direito de cancelar ou anular a legislação do Parlamento.<sup>62</sup>

56 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

57 SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O Processo legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

58 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (check and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 18.

59 ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. Prefácio.

60 TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 183.

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

62 DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan and Co. Limited & St. Martins

Todavia, na contemporaneidade um número significativo de autores amplia a discussão sobre a necessidade de *reinventar o governo inglês*.<sup>63</sup>

A forte tradição da intocabilidade dos atos do Parlamento encontra um equilíbrio na própria prática Republicana. Assim, a supremacia do Parlamento é relativizada pela supremacia da Constituição (*Rule of Law*). A Suprema Corte norte americana no julgamento do *leading case Powell x Mac Komack* em 1969, entendeu que “o propósito da proteção deferida aos legisladores não é impeditiva da revisão judicial da ação legislativa”.<sup>64</sup> Para Reale:

Impossível é reconhecer o primado do Poder Legislativo, pois função legislativa e poder legiferante não coincidem, sendo a lei geralmente o resultado de uma colaboração harmônica de poderes.<sup>65</sup>

Reconhece ainda “que poucos se mantêm apegados ao dogma da divisão de poderes”<sup>66</sup>. A história constitucional demonstra que essa *separação* é antes de tudo um *valor pragmático* de distribuição das funções do Estado. Na atualidade, observa-se a *permeabilidade dos três poderes* de maneira que não se distingue rigorosamente o Executivo, o legislativo e o Judiciário.<sup>67</sup> Com efeito, a tese Hegeliana no que concerne à separação dos poderes poder ser melhor compreendida à luz dessas constatações. Assim, para Hegel a *interdependência orgânica* dos poderes é possível em um Estado compreendido como um organismo vivo e articulado, não um Estado abstrato. No *Estado político*, a palavra divisão não é a melhor expressão para designar esse mecanismo, uma vez que remete a uma rigorosa ideia de repartição.<sup>68</sup>

De fato, a *interdependência orgânica* dos poderes compõe as páginas do moderno constitucionalismo. Assim, é a partir da concretização da ideia de constituição e da consolidação das práticas e das instituições políticas que os Poderes encontram a garantia do equilíbrio necessário ao diálogo. O princípio da separação dos poderes é, portanto, uma instituição desenvolvida no marco do constitucionalismo.<sup>69</sup> A emergência das constituições representa um forte aliado à República e aos pilares do Estado de Direito Democrático. Contudo, tomando o modelo de constituição escrita, o que representa o processo de formação dessa lei fundamental? Como a atividade legislativa pode ser ao mesmo tempo garantidora e ameaçadora da ordem nas sociedades contemporâneas? Essas questões podem ser compreendidas à luz da *legisprudência*.

#### 4. A NOMOGÊNESES DA LEI E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O postulado da atuação do STF como um *freio republicano* à vontade democrática destoante, isto é, quando esta colide com os direitos contidos na Constituição Federal reveste-se de um processo legítimo de acomodação de conflitos. Ao levar o debate sobre o conteúdo material da lei (*lei em tese*) — e seus procedimentos (*conteúdo formal*) para o Judiciário é possível aplicar uma troca de saberes no que concerne a *nomogêneses* da lei.<sup>70</sup> Essa

Press, 1915.

63 RIDLEY, F.F. Reinventing British Government. *Parliamentary affairs*, v. 48, n. 3, p. 387-400, jul/1995.

64 TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. USA: Foundation Press, 1988. p. 374. Sem perder de vista a importância do emblemático caso *Marbury x Madison* de 1803.

65 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 352-353.

66 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 352-353.

67 REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 352-353. Ressalta-se que a expressão *permeabilidade dos três poderes* é de Polacco citado por Reale na obra em referência.

68 HEGEL, G.W.F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

69 CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 20.

70 “Para que se possa falar, por conseguinte, de ‘fonte do direito’, isto é, de fonte de regra obrigatórias, dotadas de vigência e de eficácia, é preciso que haja um poder capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de produção de regras de direito vigentes e eficazes, podendo ser elas genéricas ou não. Por ora, podemos fixar esta noção essencial: toda fonte de direito implica uma estrutura normativa do poder, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica), só ocorre em virtude da interferência de um centro de poder, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade.” REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 141.

tarefa é reconhecida como *poligenética*, isto é, no que concerne a um controle de constitucionalidade preventivo, o judiciário é partícipe na análise de constitucionalidade do Projeto de lei. A primeira etapa desse diálogo entre legislador e intérprete jurisdicional pode ser estabelecida a partir da necessária prudência também aplicável à formação da lei. Assim a *Legisprudencia* constitucional é um dos pilares do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Juízes e legisladores são diferentes, mas se aproximam na ideia de prudência.<sup>71</sup> Ademais, por razões de controle e transparência, ambos devem fundamentar suas escolhas e decisões de forma razoável. Assim, não há como confinar o processo de elaboração dos atos normativos somente à dimensão política.

Com efeito, na democracia representativa cabe ao Poder Legislativo, a concretização abstrata, genérica e vinculante da vontade do povo. A atividade legiferante na atualidade enfrenta o desafio de colmatar os problemas decorrentes da sociedade complexa e dos avanços tecnológicos em diversas áreas do conhecimento. Contudo, a pressão de grupos sociais por uma resposta rápida pode ensejar a criação de atos normativos deficitários e incongruentes com os pilares constitucionais. Os riscos da produção normativa não se exaurem na tentativa de estabelecer regular ordem na sociedade. A competência para editar normas está adstrita a um fundamento objetivo de necessidade e coerência, isto é, a criação e aprovação de leis supérfluas e incoerentes, configura abuso do poder de legislar.

A atividade legislativa deve ser exercida com responsabilidade e dentro dos limites constitucionais, consoante o disposto no art. 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa de 1988<sup>72</sup>. Da mesma forma, o poder regulamentar de competência do Presidente da República, com fincas no disposto no art. 84, IV da CF/88<sup>73</sup>.

O planejamento legislativo é a base do processo de verificação da qualidade da lei. Os saberes proporcionados pela *Legística* permitem a '*racionalização do padrão e do ritmo de produção de normas jurídicas*'. A Legística Material tem por escopo atuar no processo decisional de escolha sobre o conteúdo da nova legislação, '*em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico*'.<sup>74</sup> Nesse sentido, todas as três esferas do poder, no exercício de suas funções do Estado, devem ser encarregadas da tarefa poligenética de se aterem ao exame de constitucionalidade dos projetos de leis que tramitam perante o Parlamento, sob pena de haver conteúdos normativos criados em afronta à ordem jurídica democrática e cujos efeitos sejam irreversíveis, como no caso de prejuízo severo aos direitos das minorias.

O controle de constitucionalidade preventivo é exercido pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Contudo, em termos conceituais, a atuação do Poder Legislativo ou Executivo denomina-se *controle político*. Assim, na realidade brasileira, o 'Controle Preventivo de Constitucionalidade Político' seria aquele realizado no decurso do trâmite do processo legislativo, como por exemplo, por meio das Comissões de Constituições e Justiça ou pelo Poder Executivo por meio do veto Presidencial. Já o controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade recai sobre o processo de elaboração legiferante pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar.

71 A Legisprudência enquanto teoria da legislação possui como marco a obra de Wintgens. Para o autor é possível estabelecer uma crítica sobre a separação epistemológica entre direito e política, uma vez que, a separação entre os dois campos deriva de uma opção que encobre escolhas políticas feitas no processo de criação do direito. Com efeito, o legalismo considera o comportamento normativo como uma questão de obediência às regras, sem se importar com a sua origem – o que impõe a crença na desnecessidade de reflexão sobre o processo de criação das leis. Contudo, assim como há para os juízes o dever de motivação das decisões, também há para o legislador o dever de justificação de suas escolhas, como uma condição de legitimidade da lei. Cf. WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation. Ratio Juris*, Oxford, v.19, n.1, p.1-25, mar. 2006.

72 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

73 "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.

74 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007. p. 125.

A considerar a *legisprudencia* como uma espécie de controle preventivo (político e jurisdicional) há uma ampliação de seu ponto de atuação e, no que concerne a garantia constitucional, passa a ser um saber *poligênético*. Com efeito, o estudo da qualidade da lei (*legística*) compreende a técnica redacional (Legística formal), mas também, a avaliação da decisão de legislar (o conteúdo da futura norma).<sup>75</sup> Inocêncio Mártires Coelho recorda Lúcio Bittencourt, “em estudo de 1942, que a interpretação é parte integrante do processo legislativo.”<sup>76</sup> Assim, para Coelho

[...]esse estado de coisas parece remeter para o museu da história a clássica tese kelseniana de que, ao examinar a validade das leis em face da Constituição, os tribunais constitucionais só poderiam agir como legisladores negativos.<sup>77</sup>

Sob esse aspecto há que se observar dois momentos: i) o momento de criação da norma em que existe necessariamente uma confluência entre a ordem jurídica já posta e as questões políticas, sociais e econômicas que justifiquem sua gênese e, ii) o plano da aplicação da norma que, em regra, deve-se primar pela segurança da objetividade. A atuação do Supremo Tribunal Federal, em casos necessários que violem preceitos constitucionais no *iter* do processo legislativo, encontra-se materializado na primeira hipótese, com efeito, há que se reconhecer um controle preventivo jurisdicional e político de constitucionalidade. Reitera-se que a tarefa de criação da norma no que concerne à guarda dos valores constitucionais é poligênética. Observa-se como regra a vontade da maioria, mas quando esta usurpa direitos da minoria, impera-se contenção republicana. Assim, a partir desse entendimento, há que se dimensionar a extensão da atuação do Supremo Tribunal Federal como um ator da legística constitucional *ex ante* e como instituição legítima para a avaliação e aplicação do filtro republicano. Enquanto o legislativo é o *locus* das escolhas majoritárias, o Executivo representa o espaço para as escolhas discricionárias, reserva-se ao poder judiciário o juízo de composição técnica.

O pilar da vontade do povo insculpido nos regimes democráticos é, na verdade, institucionalmente representado pelas três funções do Estado.

Todo poder estatal origina-se do povo. Isso exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional com representação do povo.<sup>78</sup>

Sem perder de vista também o poder executivo. Ocorre que referidas representações ocorrem de formas diferentes: o Parlamento e o Executivo “representam o povo politicamente, o tribunal constitucional, de forma argumentativa”.<sup>79</sup> Com efeito, ao Parlamento cabe a função de elaborar leis em consonância com o legítimo processo democrático. E ao tribunal impõe-se o dever de interpretar e controlar essas leis buscando democratizá-las em consonância com os valores do Estado de Direito.<sup>80</sup>

Uma crítica que se faz a pretensa *interferência* do Poder Judiciário em atos do Poder Legislativo é a possibilidade de interromper o debate da matéria no âmago da arena discursiva por natureza. Quanto a essa observação, entende-se que, em verdade, não se trata de ceifar a deliberação, algo prejudicial a uma democracia. Mas sim, a partir de instrumentos legítimos constantes do próprio modelo de democracia republicana, ampliar o debate. Trazer à arena discursiva, o Poder Judiciário como órgão legítimo para participar da tarefa

75 VARGAS, Ana; FRAGA, Ana. Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um fora-da-lei. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Coimbra, n. 27, p. 31-71, jan./mar.2000.

76 BITTENCOURT, C.A. Lúcio. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, v.4, n.3, p. 121-127, dez. 1942. Citado por COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: REUNIÃO DO CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO UNICEUB, 2., 2014. Brasília. *Texto para debate*. Brasília: Uniceub, 2014.

77 COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: REUNIÃO DO CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO UNICEUB, 2., 2014. Brasília. *Texto para debate*. Brasília: Uniceub, 2014.

78 ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 66.

79 ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 66.

80 ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. p. 66.

de criação da norma. Contudo, resta saber se, mesmo diante dessa possibilidade, o Supremo Tribunal Federal tem a intenção de participar de mais uma tormentosa discussão.

## 5. CONCLUSÃO

A toda evidência, a suposta usurpação de Poder judiciário pode ser indispensável para realizar a Constituição e tornar efetiva a defesa dos direitos fundamentais contra eventuais agressões do legislador.<sup>81</sup> Em linhas gerais, o Supremo Tribunal Federal pode ser compreendido como um ator da legística *ex ante*, ao julgar a constitucionalidade (mais alto grau de qualidade) de um projeto de lei que tem por fundamento a violação de direitos já consagrados, como o direito das minorais. Sobre essa questão, inspirando-se em Ely, pode-se afirmar que democracia é desconfiança<sup>82</sup>, isto é, a liceidade para o dissenso, para a oposição. E, nesse sentido, o que impulsiona a atuação do Judiciário é garantia de voz dos parlamentares que se encontram em seu direito líquido e certo de não participarem da formação de uma lei eivada de vícios de inconstitucionalidade. Assim, em sede de controle preventivo, a jurisprudência pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo tenso entre judiciário (limites da jurisdição) e legislativo (espaço de prognose legislativa), considerando-se ser a tarefa de criação da lei um saber poligenético, mormente no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais. Para Alfredo Buzaid, o mandado de segurança representa a mais notável forma de tutela jurídica dos direitos individuais e coletivos que, “por largo tempo, foi apenas uma auspiciosa promessa”.<sup>83</sup> E, a exemplo das decisões constitucionais da Corte de Warren<sup>84</sup>, *mutatis mutandis*, também possa o nosso Supremo Tribunal Federal ser movido pela prudência em assegurar que o processo político esteja aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições isonômicas. É na esfera jurisdicional que os valores substantivos da democracia e os princípios republicanos podem ser adequadamente identificados e equilibrados.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ACTON, Lord. *Essays on freedom and power*. New York: Meridian, 1955.
- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.
- BIGNOTTO, Newton. (Org). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.
- BOCKEL, A. *Le pouvoir discrétionnaire du législateur*. Paris: Paris Economica, 1982.
- BODIN, Jean. *Os seis livros da República*. São Paulo: Ícone, 2011. Livro 1
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

81 COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: REUNIÃO DO CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO UNICEUB, 2., 2014. Brasília. *Texto para debate*. Brasília: Uniceub, 2014.

82 ELY, Jonh Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

83 BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1. p. 136-150.

84 UNITED STATES. Supreme Court. *The Warren Court, 1953-1969*. Disponível em: <[http://supremecourthistory.org/timeline\\_court\\_warren.html](http://supremecourthistory.org/timeline_court_warren.html)>. Acesso em: 16 out. 2011.

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 24138-DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Rubens Bueno. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772099/mandado-de-seguranca-ms-24138-df>>. Acesso em: 30 maio 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS 32003-DF*. Tribunal Pleno. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 28 de maio de 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23342500/mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>>. Acesso em: 30 maio 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS n. 20257-DF*. Tribunal Pleno. Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale. Coatora: Mesa do Congresso Nacional. Relator: Ministro Décio Miranda. Brasília, 08 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em: 30 maio 2013.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1.
- CALAMANDREI, Piero. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1950.
- CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- COELHO, Inocência Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. In: REUNIÃO DO CENTRO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS DO UNICEUB, 2., 2014. Brasília. *Texto para debate*. Brasília: Uniceub, 2014.
- CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- DAHL, Robert Alan. *La igualdad política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan and Co. Limited & St. Martins Press, 1915.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GARVEY, John H. ALEINTKOFF, T. Alexander. *Modern constitutional theory*. Saint Paul: West Publishing, 1990.
- HEGEL, G.W.F. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova: Revista de cultura de política*, n.44, p. 82-215, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- O'DONNELL, Guillermo; LAZZETTA, Osvaldo; CULLELL, Jorge Vargas (Comp). *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia em América Latina*. Rosário: Homo Sapiens, 2003.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- PIZZORUSSO, A. Il controllo della corte costituzionale sull'uso della discrizionalità legislativa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, n. 40, p. 795-818, 1986
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIBEIRO, Renato Janine. *A República*. São Paulo: Publifolha, 2008.
- RIDLEY, F.F. Reinventing British Government. *Parliamentary affairs: A Journal of comparative politics*, Oxford, v. 48, n. 3, p. 387-400, jul/1995.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da jurisprudência: o diálogo das fontes do direito*. 2011. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 173
- SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Madrid: Taurus, 2007.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (check and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Logística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 50, p. 124-142, jan./jul. 2007.
- TELES FILHO, Eliardo. *Suspensão de trâmite de PL não deveria surpreender*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-11/observatorio-constitucional-suspensao-tramite-pl-nao-deveria-surpreender>>. Acesso em: 12 maio 2013.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. USA: Foundation Press, 1988.

UNITED STATES. Supreme Court. 1803. Sentence of February 11. *Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/default.aspx>>. Acesso em: 02 jun. 2013

UNITED STATES. Supreme Court. *The Warren Court, 1953-1969*. Disponível em: <[http://supremecourthistory.org/timeline\\_court\\_warren.html](http://supremecourthistory.org/timeline_court_warren.html)>. Acesso em: 16 out. 2011.

VARGAS, Ana; FRAGA, Ana. Da qualidade da legislação ou de como pode o legislador ser um fora-da-lei. *Cadernos de Ciência de Legislação*, Coimbra, n. 27, p. 31-71, jan./mar.2000.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro*. 2011. f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas)—Faculdades de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, p. 441-464, jul.-dez./2008.

VILLOORO, Luis. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. *Ratio Juris*, Oxford, v.19, n.1. p.1-25, mar. 2006.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Milano: Il Mulino, 2012.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Promessas da modernidade e  
Ativismo Judicial**  
Promises of modernity and  
Judicial Activism

Leonardo Zehuri Tovar

# Promessas da modernidade e Ativismo Judicial\*

## Promises of modernity and Judicial Activism

Leonardo Zehuri Tovar\*\*

### RESUMO

O artigo analisa o crescimento do ativismo judicial e alerta para as consequências dessa postura. Será exposto como a constituição e a falta de cumprimento de suas promessas pode gerar o ativismo judicial. O tema será analisado a partir do método hermenêutico.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Política.

### ABSTRACT

The article examines the growth of judicial activism and alert to the consequences of this posture. Will be exposed as the constitution and the lack of fulfillment of his promises can generate judicial activism. The theme will be analyzed from the hermeneutic method.

**Keywords:** Constitutional Law. Judicial Activism. Policy.

## 1. INTRODUÇÃO

Na atualidade a atuação do judiciário é tema de grande envergadura, em especial em países como o Brasil em que as chamadas *promessas* constitucionais da modernidade não foram implementadas a contento.

Por isso, já de plano é possível apresentar alguns problemas centrais que guiam este estudo: qual o papel do judiciário na democracia moderna? Há limites para sua intervenção? Existe diferença entre judicialização da política e ativismo judicial? As decisões judiciais são discricionárias ou sujeitas a controle?

O artigo foi, então, dividido do seguinte modo. No tópico ‘2’, será discutida a importância de um constitucionalismo dirigente em países como o Brasil, dando-se enfoque à projeção que o Poder Judiciário assume na contemporaneidade. A partir disso, já no tópico ‘3’, passa-se a traçar algumas linhas acerca da judicialização da política, das diferenças para com o ativismo, bem como as razões pelas quais, nesta quadra da história, o aumento da litigiosidade é inerente ao arranjo institucional brasileiro. Após, no tópico ‘4’, prossegue-se com a análise da (i)legitimidade da pretensão de se depositar no judiciário um olhar reificador, como se este poder fosse dotado de um

\* Recebido em 07/10/2014  
Aprovado em 27/12/2014

\*\* Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Membro do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica e Jurisdição Constitucional”. Professor Universitário, Procurador do Município de Vitória (ES) e Advogado. E-mail: leonardo@zehuritovar.com.br

“remédio” para cura da afasia social brasileira. Ao fim, nos tópicos ‘5’ e ‘6’, passa-se a delinear um exemplo paradigmático de uma teoria que, se (mal) aplicada, serve de aporte a posturas ativistas, discricionárias e com controle de pouca eficácia, razão pela qual assume grande relevância a motivação das decisões judiciais.

Apresentadas, em síntese, as questões que permeiam o presente estudo, passa-se ao tema.

## 2. CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS: A IMPORTÂNCIA DA CÚPULA JUDICIÁRIA

Uma feliz frase, proclamada por Paulo Bonavides e mais tarde por Eros Roberto Grau, serve de guia a este introito. “Ontem os Códigos; hoje as Constituições”. O primeiro a pronunciou quando do recebimento da medalha Teixeira de Freitas, em meio ao Instituto dos Advogados Brasileiros, no ano de 1998. Já Eros Roberto Grau o fez na ocasião do recebimento da mesma homenagem, agora no ano de 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB, ao se referir à nova ótica a ser dispensada ao direito de propriedade.

A importante alusão que ambos os juristas promoveram no tocante à importância da Constituição é o que importa destacar no ambiente constitucional-democrático hodierno. Pelo conteúdo que se extrai da fala, ainda que de maneira implícita, vê-se a subliminar alusão à mudança paradigmática experimentada pela Europa Continental a partir do término da Segunda Guerra Mundial.

Um marco histórico a partir do qual os Códigos abdicaram de seu protagonismo em favor das Constituições, que passaram a ser tidas como protagonistas do sistema jurídico. Uma revolução no do direito público, que não passou despercebida pelo Brasil, tanto assim que a Carta Magna de 1988 detém preocupações que vão além da preservação da liberdade<sup>1</sup> ou da organização orgânico-funcional do Estado.

Nesse ambiente — cujo tratamento histórico pormenorizado fica em segundo plano, porquanto não condizentes com os objetivos deste texto — é possível afirmar que a Constituição Democrática é o momento privilegiado para a legitimação política do Estado.

Até porque, complementa-se: com a ruptura do abstencionismo típico das constituições — garantia, marco caracterizador da exaustão do Estado Liberal, passa-se a compreender que a Constituição deve ser *reestruturada*, com a assunção de uma função dirigente, o que amplia admiravelmente o espaço de intervenção do poder público na sociedade.

Passa ele — o poder público — a interferir de modo mais desembaraçado e ativo na sociedade, a partir do abastecimento de demandas de cunho social (que recebem a alcunha de “justiça social”). É com o Estado de Direito Democrático que a Constituição tem sua força normativa reconhecida e que, via de consequência, seus elementos e princípios fundantes ganham caráter vinculante, tanto no aspecto político, quanto jurídico. As tais *promessas constitucionais* são, inclusive, acompanhadas de mecanismos de vindicação judiciária.

Disso tudo, já é viável apontar algumas diretrizes: (i) passa-se a vivenciar o incremento da jurisdição constitucional, seja na proteção de direitos constitucionais, seja para efeito de implementação/efetivação; (ii) a discricionariedade legislativa infraconstitucional ganha novos arredores de limitação, dada a vinculação que agora se tem quanto aos programas constitucionais e pela imperativa deferência integral aos direitos fundamentais.

Uma mudança de mentalidade que traz reflexos no Direito Público. Os direitos fundamentais passam a ser visualizados de modo amplificado, incluindo em seu âmbito um catálogo de prestações positivas, caracterizadoras de um *fazer* estatal.

1 Acerca deste específico tema, aponta-se a existência da chamada “Constituição Garantia”, a qual, na esteira de Gilberto Bercovici, “não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o status quo. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo, não com o procedimento das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável”. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

Desenvolve-se nesse ambiente a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho. Afirma o autor a seriedade e a necessidade de que o Estado promova a implementação de medidas que ampliem a satisfação de demandas de cunho social, tudo a partir de um protagonismo constitucional, cujo papel transformador socioeconômico se afigura como realidade<sup>2</sup>. Melhor minudenciando, para o constitucionalista português, a Carta Constitucional, de cunho dirigente, não é, como já se destacou, um mecanismo jurídico-político-estruturante do Estado; o papel de mero sistema definidor de competências, atribuições funcionais e separação orgânica é diminuto, se considerada a proeminência da Constituição<sup>3</sup>, que passa, como também adiantado, a preencher o plano normativo — material holístico da sociedade e do próprio Estado<sup>4</sup>.

A busca da concretude dos anseios populares é a fala “em pauta” e a Constituição assume o anteparo da política, que não é mais livre e desvinculada do projeto constitucional<sup>5</sup>. É preciso deixar claro, entretanto: a Constituição dirigente<sup>6</sup> não tem em mira anular o debate político, mas apenas dar a ele limites, sujeito à força do programa estabelecido pelas normas constitucionais.

Esse projeto de ação constitucional aberto, planejado por José Joaquim Gomes Canotilho, voltado ao futuro e que carece, via de regra, de outras providências normativas complementares, foi revisto pelo autor a ponto de, em um primeiro momento, ter ele decretado “a morte da Constituição Dirigente”<sup>7</sup>. Resumidamente, podem ser apontados alguns imbróglis que, ao ver de Canotilho, fizeram com que o constitucionalismo dirigente titubeasse e não absorvesse seu papel. Como bem delimita Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>8</sup>:

Problemas de inclusão: o desafio de materialização do direito, que faz com que a constituição dirigente se assumia como um estatuto jurídico do político, acaba por ocultar a “rebeldia” desse político em se subordinar a uma normatização que concretize diversas práticas sociais plurais. Com Luhmann, vemos que a cada sistema é dotado de uma autorreferenciabilidade e uma auto-organização, o que parece espaçar aos defensores da constituição dirigente;

Problemas de referência: a constituição dirigente não consegue ultrapassar uma abordagem clássica quanto ao seu sujeito de referência — o indivíduo — e com isso, olvida-se das novas configurações sociais, como as entidades organizadas de cunho multinacional ou atores sociais neocorporativos;

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 365.

3 Acerca desse papel de destaque da Constituição e do modo como ela deve ser visualizada e apreendida, a doutrina, em longa, porém judicosa e relevante passagem: “O grande momento vivido pela experiência constitucional brasileira atual na instauração do Estado Democrático de Direito está, assim, no modo como as exigências do Estado Social se jurisfaçam, no sentido formal das palavras, nos contornos do Estado de Direito, quebrando, porém, o velho hibridismo da lógica liberal conjugada com uma práxis autoritária. Parece-me que o princípio legitimador, ainda que muito abstrato e genérico, dessa compatibilização deveria ser impedir que as chamadas funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação. Esse é o risco. Seria preciso portanto ver no reconhecimento do Estado Democrático de Direito uma espécie de repúdio à utilização desvirtuada das necessárias funções sociais como instrumento de poder, porque isso destruiria o Estado de Direito e com isso se perverteria a base do Estado Social que estaria então desnaturado. Em consequência, o Estado Democrático de Direito perderia o seu contorno constitucional. Mas a recíproca também é verdadeira. Também não se pode levar à interpretação da constituição todos aqueles formalismos típicos da interpretação da lei. A lei constitucional chama-se lei apenas por metáfora, ela não é lei igual às outras leis. A constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade. Então ela não deve se submeter àquele puro formalismo sob a pena de fazermos o inverso, isto é, tiranizarmos um grupo contra outro e impedirmos a realização do Estado Social. O difícil é fazer essa composição sem apelar para as rupturas que se pervertem no seu próprio curso. E esta dificuldade é, afinal, o grande desafio que vive, hoje, a experiência constitucional brasileira. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 38-49, out./dez. 1996. p.38.

4 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 18-19.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 12.

6 Fábio Konder Comparato sublinha que “as Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo — órgãos estatais e sociedade civil. Esses objetivos podem ser gerais ou especiais, estes últimos obviamente coordenados àqueles. Na Constituição brasileira 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3.º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. [...]” COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 29.

8 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 83-84.

Problemas de flexibilidade: a constituição dirigente ainda opera sob uma compreensão da racionalidade clássica (teleológica), razão pela qual vai cada vez mais se mostrando incapaz de justificar coerentemente um conjunto unitário de respostas normativas ante o aumento de complexidade de demandas providas do sistema social. A perspectiva clássica (atrelada ainda às bases de um direito positivista — ou mesmo realista) não suporta as exigências de fundamentação atuais, não encontrando legitimação em uma sociedade tão diferenciada em função dos múltiplos projetos e concepções de vida;

Problemas de universalização: a pretensão de universalização das normas contidas na constituição dirigente se torna ameaçada por não conseguir adaptar ou mesmo traduzir para os diálogos particulares as novas realidades (mercado, sistemas de informações, alta tecnologia, conglomerados empresariais);

Problemas de materialização do direito: o constitucionalismo dirigente acabou assumindo um papel de supradiscurso social, esvaziando os diferentes diálogos constitucionais (sobre o meio ambiente, o direito dos consumidores, o biodireito etc.), trazendo uma perda de contextualização. Com isso, decorreu uma dificuldade de contextualização capaz de imprimir mudanças e inovação na ordem jurídica;

Problemas de reinvenção do território estatal: a constituição dirigente operava, exclusivamente, sob a lógica da incidência de suas normas sob um determinado território, de modo que não respondia às questões de supranacionalização e internacionalização do direito constitucional.

Diante de tais problemas, o constitucionalista português passa a advogar um *constitucionalismo moralmente reflexivo*. Deveria este ser entendido como a substituição de um direito impositivo-dirigente, e que, contudo, se mostra ineficaz. A constituição dirigente desiste desse espaço privilegiado para dar lugar à transnacionalização e à globalização. Em outros dizeres: o direito constitucional trocaria a função de dirigismo para assumir o papel de dirigido, exatamente porque, no primeiro caso, o constitucionalismo dirigente não levou em conta a complexidade do mundo e as consequências causadas pelas integrações entre as nações, de maneira que uma teoria da constituição se fazia necessária<sup>9</sup>.

A advertência de Nelson Camatta, entretanto, é precisa: “...após as discussões entre juristas brasileiros e o próprio autor português no seminário intitulado ‘Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho’, perceberam que a morte apresentada pelo autor era relativa, pois tal teoria não teria falecido, e sim amadurecido, emancipado e alcançado novos horizontes significativos<sup>10</sup>”.

O que “morre” é um paradigma de Estado e de sociedade presente em décadas anteriores; o dirigismo — que não está “enterrado” passa da imposição para a reflexão, algo que, no entanto, não eliminou a chamada judicialização da política que decorre exatamente da constituição dirigente e das necessárias transformações sociais, no que ganha relevo a cúpula judiciária. Na precisa pontuação de José Luiz Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck:

É evidente que tais afirmações devem ser contextualizadas. Com efeito, a afirmação de Canotilho vem acompanhada e uma explicação, no sentido de que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. Entendo, assim, que a afirmação de Canotilho não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária<sup>11</sup>.

O problema é quando esse papel de relevo faz com que importância seja confundida com ausência irrestrita de controle, como se a única *receita* de concretização da constituição estivesse em mãos do poder

9 Nas palavras de Canotilho: “A lei dirigente cede o lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos ‘quatro contratos globais’. Referimo-nos ao contrato para as ‘necessidades globais’ — remover as desigualdades, — o contrato cultural — tolerância e diálogo de culturas —, contrato democrático — democracia como governo global, e contrato do planeta terra — desenvolvimento sustentado. Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização da responsabilidade, isto é, pela garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e “*interconstitucionalidade*”: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 127-128.

10 MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 88-89.

11 MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 107.

judiciário, algo pueril e inoportuno<sup>12</sup>, ou mesmo na produção de normas constitucionais, e aqui a inocência se repetiria, mas em prol do poder legislativo. Isso, todavia, será melhor delineado adiante.

### 3. ACESSO À JUSTIÇA E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: (RE)COLOCANDO O PROBLEMA DO AUMENTO DA LITIGIOSIDADE

Com efeito, do que se expôs no tópico acima, vê-se que a constituição dirigente e a falta de implementação de seus planos e diretrizes<sup>13</sup> leva à ascensão, notadamente, do judiciário, porquanto se presencia uma crescente judicialização da vida, e, em muitos momentos, a uma postura ativista, como será visualizado amiúde no decorrer do texto.

Muitas questões importantes, tanto sob um viés político, social ou moral, passam pelo crivo do poder judiciário. Por essa razão, fala-se em judicialização da política<sup>14</sup>, quando o papel do poder judiciário é potencializado após a passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito, arrastando-se o polo de tensão do Executivo e Legislativo exatamente para aquele primeiro poder (o judiciário).

São muitas, como se percebe, as causas para tal fenômeno, mas, cotidianamente, podem ser detectadas ao menos três: *a um*, o judiciário, é, ao fim e ao cabo, o maior protetor dos direitos fundamentais; *a dois*, política majoritária<sup>15</sup> nem sempre é palco de satisfação dos interesses de *desprivilegiados*; *a três*, por diversas ocasiões o executivo e o legislativo se mantêm inertes em questões de grande interesse e não sobra alternativa ao judiciário senão atuar, lembrando-se que isso é hoje ainda mais facilitado pela inserção do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, CF), bem como em função de a Constituição regular inúmeras matérias, proporcionando a atuação da jurisdição constitucional com um alcance e profundidade ainda maior<sup>16</sup>.

12 Acertada a reflexão de João Maurício Adeodato: “no início dos anos 90, os juristas mais progressistas buscavam um discurso mais alternativo, em alguns casos até antiestatal. Os acontecimentos posteriores os fizeram agarrar-se à Constituição, que se tornou uma espécie de âncora das novas esperanças bem-intencionadas. Mas não se deve idealizar que a concretização da Constituição, por intermédio da jurisdição constitucional, seja panacéia para resolver problemas brasileiros de ordem inteiramente distinta, tais como educação, previdência, fome e violência. Do mesmo modo que a constitucionalização de opções generalizadas, ou seja, construir novos e novos textos constitucionais, por intermédio de emendas e outros meios legiferantes, tampouco o é. É ingênua essa visão messiânica da jurisdição constitucional e das competências do legislativo, pois o subdesenvolvimento brasileiro é fenômeno social de raízes muito mais profundas”. ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

13 Veja o que diz Nelson Camatta Moreira a esse respeito: “Por um lado, verifica-se que a desigualdade na distribuição de recursos materiais mínimos, que assola a triste realidade social brasileira, associada ao inexistente/inoperante Estado Social do século XX, no Brasil, deixou marcas negativas indelévels na tentativa de concretização de um projeto de nação e, por isso, há, cada vez mais viva, a premente necessidade da existência de uma Constituição Dirigente”. MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 101.

14 De acordo com Lenio Streck: “Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

15 Com efeito, discussão envolvendo a legitimidade de os tribunais interferirem nas decisões adotadas por representantes majoritários, fundada no fato de que seus membros não são eleitos democraticamente, é alcunhada de dificuldade contramajoritária. Acerca das origens do termo: cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. London: Yale University Press, 1986.

16 É viável elencar como fatores que proporcionam a judicialização da política ainda, (i) a criação de juizados de pequenas causas; (ii) a institucionalização da *class action* e o grande número de legitimados; (iii) a invasão do direito em aspectos da vida social, como se dá, por exemplo, com regramentos voltados a setores vulneráveis (consumidores, idosos, crianças e adolescentes, etc.), que demandam maior atuação do juiz, inversões de ônus probatório, dentre outros; (iv) o controle de constitucionalidade das leis. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; Salles, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2. p. 39-85, nov. 2007. p. 41

Não há, portanto, nessa quadra da história brasileira, como fugir da judicialização, exatamente porque o arranjo constitucional pátrio fez essa opção. O problema é o ativismo, e aqui sobrevém a necessidade de uma breve conceituação: o ativismo é uma prática, uma atitude deliberada que tem como desígnio expandir, sem maiores reflexões democráticas, o papel do judiciário<sup>17</sup>. Delimitando o ativismo a doutrina de Lenio Luiz Streck:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional)<sup>18</sup>.

Há, pois, como se percebe, uma diferença entre judicialização da política<sup>19</sup> e ativismo judicial. O ativismo judicial, no restrito sentido delineado neste estudo, é, acima de tudo, a postura proativa do poder judiciário, cuja prática promove interferência significativa nas atividades e opções políticas dos demais poderes. Ou seja: no ativismo o fenômeno deriva da vontade do intérprete proativo, ao passo que na judicialização a postura judiciária está mais ligada à concretização das promessas constituintes<sup>20</sup>. Talvez, por isso, seja acertada a ilação de Garapon quando afirma 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 travá-la<sup>21</sup>”.

De mais a mais, retomando-se a discussão, como bem obtemperou Lenio Luiz Streck<sup>22</sup>, o novo texto constitucional superou o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), em face do seu caráter dirigente e compromissório, e publicizou espaços antes reservados aos interesses privados. Para o autor, nesse momento, o direito não é mais ordenador e nem promovedor, mas sim transformador da realidade, fazendo com que aumente o foco de tensão acerca da jurisdição constitucional, que é a garantidora dos direitos fundamentais-sociais e, ao mesmo tempo, da democracia em nosso Estado Democrático de Direito. Ou ainda, na terminologia de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

Os direitos sociais, produto típico do Estado do Bem-Estar Social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-

17 Uma oportuna explicitação doutrinária: “No campo processual e de aplicação dos direitos, sabe-se que transitamos da perspectiva do liberalismo processual, característica do século XVIII e XIX, para a perspectiva da socialização do processo, no século XX, e que esta objetivava, segundo uma prestigiosa doutrina, a aceleração do processo com um rápido restabelecimento da paz jurídica, mas sem impor a onipotência estatal no campo do processo com o auxílio do juiz. Os aportes teóricos desse novo papel do Judiciário que deveria compensar os déficits de igualdade material na sociedade, com um papel consequencialista (de antevisão dos impactos decisórios no campo político, econômico e social) foram inaugurados, entre outros (apesar de terem ganhado maior projeção no segundo pós-guerra), na doutrina austríaca de Klein e Menger. Essas ponderações doutrinárias típicas das últimas décadas do século XIX e primeiras décadas do século XX retratavam uma tentativa de combate aos processos extremamente formais em que o papel do julgador era reduzido a uma figura meramente espectadora; típicas do Estado Liberal. Ocorre que a partir do segundo pós-guerra e da estruturação de Tribunais Constitucionais, como já dito, vai se atribuindo um novo fôlego ao ativismo judicial, concebendo-se a função do juiz como a função de garantidor das promessas e de engenheiro social”. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 189, p. 11-52, nov. 2010

18 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589, nota de rodapé 123.

19 Acerca da judicialização da política no Brasil, Gisele Cittadino: “Nos casos em que a história constitucional é marcada por rupturas e não por continuidades, quando não é possível apelar para uma “comunidade de destino” ou para a “confiança antropológica nas tradições”, o processo de “judicialização da política” deve representar um compromisso com a concretização da Constituição, por meio do alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito” CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Aneu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. p. 110

20 PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo judicial: paradigmas atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 133.

21 GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 54.

22 Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1-16.

se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também, e sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados<sup>23</sup>.

O último autor vai longe e chega a dizer que a posição do juiz fora alterada, porquanto é ele um responsável pelo implemento das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social<sup>24</sup>, o que, todavia, nos parece tão correto, pelo que adiante se dirá.

O Supremo Tribunal Federal, em várias ocasiões, tentou delimitar qual o espaço de sua atuação. Como exemplo disso, cita-se passagem exarada pelo Min. Celso de Mello, na qual S. Exa. deixa claro que a omissão dos demais poderes abre espaço para atuação da Suprema Corte:

A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República (LGL\1988\3). Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo STF, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República (LGL\1988\3), muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o STF, ao suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República<sup>25</sup>.

O Min. Gilmar Mendes também faz alusão à temática, em meio ao julgamento da MC no MS 26.915/DF, j. 08.10.2007, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16.10.2007, como segue:

Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o STF, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição. Mantendo essa postura, o STF, na última década, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas, nas quais observa violação à Constituição. Os diversos casos levados recentemente ao Tribunal envolvendo atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação.

Equivale articular: desses dois exemplificativos julgados, em hipóteses fático-jurídicas nas quais se presencia omissão inconstitucional de outros Poderes estatais, capazes *per se* de ofender a Constituição, o Supremo Tribunal Federal não só pode, como deve intervir, mesmo que tal intervenção se dê no campo político. Disso não discorda a doutrina de Nelson Camatta Moreira, tal como se vê da passagem a seguir:

[...]será justificada a atuação da jurisdição constitucional, ainda que extrapole, razoavelmente, as funções tradicionalmente exercidas por outros poderes, observando-se, impreterivelmente, as demais conquistas do Estado de Direito como respeito aos direitos fundamentais e ao princípio republicano, fortalecedores da cidadania.

Trata-se, portanto, conforme Garapon, de um processo *natural* desenvolvido no interior de um Estado Democrático, até porque a interferência judiciária é um fenômeno possibilitado, na prática, pelos próprios políticos. O ato de legislar sofreu um processo de inflação e isso tem um rebatimento imediato no Judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico<sup>26</sup>.

Acertada a ponderação. Isso porque, se é fato que o ativismo implica problema para a separação de poderes, também o é que a inércia de um dos demais poderes (legislativo e executivo) não pode servir de

23 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, mar./maio, 1994.

24 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p.12-21, mar./maio, 1994. p. 18.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADIn 4.277/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

26 MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da Constituição dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 112-113.



amparo ao menoscabo de direitos fundamentais. Ora, se os direitos fundamentais são a bússola vinculante das ações de cada Poder, dentre os quais o judiciário, não deve ser objeto de surpresa que este, em sua função de assegurar a vigência desses direitos, provocado por meio de processo constitucionalmente assegurado, supere a omissão dos demais poderes.

O que se reputa reprovável — e isto será visto melhor em momento subsequente — é a usurpação, por parte do judiciário de argumentos de índole moral, ética, política, religiosa ou pragmática, quando se sabe que a função do judiciário é aplicar de forma imparcial as normas jurídicas.

Afinal, em uma sociedade complexa não há consenso em torno de questões éticas ou morais, de maneira que o judiciário não pode almejar impor seu ponto de vista moral, político e, quiçá, ético, sob pena de transformar-se, principalmente, o Supremo Tribunal Federal no guardião dos valores de uma dada comunidade.

Fica evidente a conexão entre a moral e o Direito, e isso também será analisado melhor adiante. De pronto, entretanto, adianta-se que a moral não pode servir como instância corretiva do Direito, como se fosse algo superior e que se sobreporia ao ordenamento jurídico.

Sustenta-se neste estudo uma relação de cooriginalidade entre Direito e moral, nos moldes habermasianos, autor que afirma essa imbricação e o caráter de complementariedade entre o direito positivo e a moral<sup>27</sup>.

É importante, ademais, frisar, com respaldo doutrinário, lembrar que essa cooriginariedade de modo algum justifica a perenização do direito, afinal, se, por um lado, não se pode cogitar de verdadeira democracia sem Constituição, por essa razão sobrevivendo a necessária limitação da vontade de maiorias contingenciais, isso não significa que o direito se volte apenas ao passado. Sendo mais preciso: a tensão entre constitucionalismo e democracia<sup>28</sup> conduz à afirmação de que o poder constituinte originário não pode ser permanente, sob pena de ser inviabilizado o próprio exercício democrático, mesmo porque as promessas constitucionais da modernidade não estão finalizadas. Acerta, nesse passo, a doutrina que explicita que o poder constituinte originário deve passar por aperfeiçoamentos:

Imaginá-lo [o poder constituinte originário] sempre incondicional e absoluto é reforçar o seu lado mítico inescapável, mas não sobressalente. Absoluto talvez seja o momento da violência enquanto violência, o saldo de sangue e carnificina, esse espetáculo da sordidez humana, mas até nesse instante de desvario há sempre uma ideia de direito e de justiça subjacente à luta<sup>29</sup>.

Consequentemente, no ato de decidir é importante que o judiciário tenha em mira sua precípua função: aplicar de forma imparcial as normas jurídicas, e aqui, evolui-se, tendo em mira os direitos fundamentais, que são permanentemente abertos, mutáveis<sup>30</sup> e cujo escopo maior é a afirmação da cidadania<sup>31</sup>. É preciso deixar algo claro, todavia: apesar de se falar em função precípua do poder judiciário, não se está afirmando, neste estudo, a *velha* separação de poderes nos moldes de Montesquieu. Esse modelo clássico de separação, de

27 Uma passagem do autor demonstra essa imbricação. Segundo Habermas: “a legitimidade pode ser obtida por meio da legalidade na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à própria racionalidade procedimental” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 203. v. 2.

28 Veja-se, pois, que, subsiste forte tensão entre democracia e constitucionalismo; é este último fenômeno que limita a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo, os quais, como é curial, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais.

das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição.

29 SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e prática do poder constituinte. como legitimar ou desconstruir 1988: 15 anos depois. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p-18-62. p. 24.

30 Cabe a referência aqui ao pensamento de Alexander Bickel, autor que destaca que o conteúdo decisório dos julgamentos da Suprema Corte perduram por uma ou duas gerações, algo que se faz suficiente para preocupações ante a mutabilidade referida. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986. p. 244-245.

31 NETTO, Menelick Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 36.

feição liberal, não é capaz, hoje, de dar conta da complexidade dos sistemas sociais e da ordem jurídica, em especial a função estatal (de tantos órgãos e até da sociedade) de implementação de direitos fundamentais tão amplos e de espectro tão diverso<sup>32</sup>.

O que não se admite, fechando-se esse raciocínio, é que o judiciário, mesmo que sob o argumento da proteção dos direitos fundamentais, exerce na fundamentação de suas decisões discurso típico do legislativo<sup>33</sup>, porquanto isso abalaria a democracia e o Estado Democrático de Direito<sup>34</sup>. O judiciário é um poder de Estado e pode, claro, contribuir para o debate<sup>35</sup>, mas não é o senhor dele<sup>36</sup>.

#### 4. A REIFICAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO CURA PARA AFASIA SOCIAL BRASILEIRA

Se for inegável que o Estado Democrático de Direito canaliza para o judiciário um foco de atenção, o fato é que isso não pode ser confundido com uma outorga de poderes, sem qualquer controle. Claro, afinal se judicialização é um fenômeno que decorre de fatores, como inércia de poderes no cumprimento das promessas constitucionais, o ativismo<sup>37</sup> é o desvirtuamento da atuação deste proeminente poder, que o poder judiciário.

Viu-se que, diante da inércia dos demais poderes, abriu-se espaço para que o judiciário suprisse tais lacunas<sup>38</sup>, exercendo um papel de protagonismo<sup>39</sup>, o que não quer dizer que, *ng*, inexistindo tais omissões de poder,

32 Conferir, por exemplo: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria Camppos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

33 Oportuna aqui a alusão à proposta de Jeremy Waldron a respeito da dignidade da legislação. In: WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2003. Nas palavras do autor mencionado: “As pessoas convenceram-se que há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões deste caráter”.

34 Talvez isso tenha ocorrido quando a 1.ª Turma do STF, negou provimento ao RE 368.564, interposto pela União contra autorização do TRF-1.ª Região para realização de tratamento em Havana, Cuba. Tratava-se de um certo número de portadores de uma doença chamada retinose pigmentar, cuja evolução é a perda progressiva da visão. Muito embora apresentado laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) no qual fora destacado não existir tratamento específico para a doença dentro ou fora do Brasil, mesmo à mingua de cura atestada e dos custos inerentes, somado à impossibilidade de generalização, o STF decidiu autorizar o tratamento, negando com isso o recurso, e o fez sob o argumento de não cabe ao magistrado frustrar a esperança de pessoas.

35 Waldron, por exemplo, discorda da posição que vê no judiciário o ambiente adequado para decidir questões políticas: “O pensamento parece ser que os tribunais com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter. [...] Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” evocam? Por que é esse o nosso conceito de direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto quanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos de conceito?” WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 5-13.

36 Arvorar-se na condição de “senhor do debate” é postura que merece rechaço, como bem observou a doutrina: “Ativismo judicial e soberania judicial — exemplo mais extremado, irremediavelmente antidemocrático e aprioristicamente ilegítimo de ativismo judicial. A corte se coloca como titular da palavra final ou mesmo da única palavra sobre o que significa a Constituição”. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 349.

37 Uma conceituação que merece lembrança é a de Elival da Silva Ramos: “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 interesses) e controversias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).” RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

38 Registra-se nesse ponto a doutrina de Bickel, um voraz crítico do ativismo judicial. O autor observa que a política é uma projeção da maioria e que o governo deve pautar seu planejamento decisório a partir desse majoritarismo, que é refletido no âmbito do Poder Executivo e do Legislativo. Logo, o Judiciário que adentra nessa governança, aos olhos do autor, desequilibra o jogo democrático. BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

39 A respeito do ativismo do STF e de seu protagonismo na república, a doutrina: “Foi-se o tempo, portanto, quando apenas a política julgava o Supremo. A Corte de hoje julga a política, determina alguns de seus resultados e ainda, eventualmente, a condena. [...] Aliás, chegamos ao nível *toquevilliano* de que dificilmente algum tema, mesmo de baixo impacto político e social, escapa à juris-

causadoras de lesão efetiva ou potencial de direitos fundamentais, o Judiciário se imiscua a proferir decisões de cunho tipicamente político<sup>40</sup>. Afinal, como bem lembra João Maurício Adeodato: “... nem toda concretização do direito se dá a partir de lides levadas ao judiciário<sup>41</sup>”. E é a partir de tal reflexão que João Maurício Adeodato, acertadamente, detectou problemas inerentes à aplicação do direito, como se denota, *verbis*:

O problema da jurisdição constitucional brasileira, nesses tempos de transição, parece ser: o judiciário nem vê o texto ontologicamente, como um ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos. Tem os defeitos da reificação racionalista e os do casuismo irracionalista: concepção reificadora, trato casuístico, uma esdrúxula incompatibilidade estratégica<sup>42</sup>.

Nesse diapasão, é equivocado autorizar o Poder Judiciário a fazer política, quanto mais se isso é levado a cabo sem maiores reflexões por pessoas que não se apresentam como legítimos representantes da democracia<sup>43</sup>, valendo até mesmo destacar que o constitucionalismo democrático que possibilita a judicialização da política (*ng* para estancar a inércia dos demais poderes, é o mesmo que confere a noção de controle, limitando o exercício do poder<sup>44</sup>).

## 5. O EXEMPLO PARADIGMÁTICO DE UMA TEORIA (MAL) APLICADA E QUE, EM TESE, SERVE DE APORTE A POSTURAS ATIVISTAS

Em singelo resumo, para Robert Alexy, o problema da racionalização das decisões judiciais passa pela edificação de uma fórmula que se mostre capaz de estancar a arbitrariedade interpretativa existente no instante em que, ante uma eventual colisão de valores em um determinado caso, o intérprete escolha racionalmente aquele que deve prevalecer.

---

dição do Supremo Tribunal Federal. E, no exercício desse *protagonismo institucional*, o Supremo tem respondido às questões cruciais, fundado, principalmente, no discurso dos direitos fundamentais e na ideia de democracia inclusiva, com interpretações criativas e expansivas de normas constitucionais, interferências nas escolhas políticas do Executivo e do Legislativo e preenchendo vácuos de institucionalização surgidos com a omissão e o déficit funcional desses poderes. Isso se chama ativismo judicial. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 257.

40 Descrevendo o fenômeno a partir de uma perspectiva Retórica, João Maurício Adeodato: “O crescimento de importância da retórica forense, contudo, em detrimento da retórica deliberativa classicamente característica do Poder Legislativo, pode ser observado no Brasil, no caso da autorização para aborto (antecipação terapêutica do parto) de nascituros meroencefálicos, ou no caso do mandado de injunção sobre a greve de funcionários públicos, importantes questões de direito material decididas por juízes diante de um caso concreto no decorrer de um processo, afastando-se da tipologia de que a retórica deliberativa caracterizaria somente o discurso legislativo. Magistrados, cuja retórica forense dirigir-se-ia ao passado, passam a deter também a retórica deliberativa, orientada para o futuro [...]”. ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 252.

41 ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional — sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209.

42 ADEODATO, João Maurício. *Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.

43 Vide, por exemplo, a passagem de TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*, 1999, p. 177: “Os liberais (progressistas) de hoje parecem ter um profundo medo do processo eleitoral. Cultivam um entusiasmo no controle judicial que não se justifica, diante das experiências recentes. Tudo porque têm medo do que o povo pode fazer”.

44 Existem até posições radicais que sugerem a impossibilidade do *judicial review* por parte do judiciário, como defendeu Tushnet ao sustentar a edição de emenda à Constituição norte-americana para extirpar tal prática. Eis o teor sugerido: “Exceto quando autorizado pelo Congresso, nenhum tribunal dos Estados Unidos ou dos Estados possuirá o poder para revisar a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso nacional ou pelos legislativos estaduais” TUSHNET, Mark. *Democracy Versus Judicial Review*. *Dissent*, v. 41, 2005. Disponível em <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 18 dez. 2014. Ainda sobre o ponto Alexander Bickel, em uma pertinente passagem: “Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, [...] ela frustra a vontade dos representantes do povo real [...]; ela exerce controle não em nome da maioria prevalecente mas contra essa maioria. Portanto, mesmo assumindo que o processo político de representação é frequentemente imperfeito e que os juízes não são, como tradicionalmente se alega, politicamente insensíveis, nada pode alterar a realidade essencial de que o *judicial review* é uma instituição anômala na democracia americana”. BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. New Haven: Yale University, 1986. p. 17-19.

É a chamada fórmula da ponderação, que tem aplicação naquilo que o autor denomina de *casos difíceis*<sup>45</sup>. A fórmula visa sanear a eventual colisão de princípios para que, feita sua precisa aplicação, seja apurada a regra de direito fundamental atribuída. É preciso dizer que para Alexy existe distinção fundamental entre regras e princípios:

princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...].

Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente<sup>46</sup>.

A problemática é: como distinguir casos fáceis<sup>47</sup> e difíceis<sup>48</sup>? Como uma norma pode ter sua aplicação diferida em diferentes graus? A natureza de mandados de otimização dos princípios não confere margem de discricção incontrolável ao aplicador?<sup>49</sup> É possível, a partir das premissas de Alexy, racionalizar o ordenamento jurídico e a democracia?

Princípios, tidos como mandados de otimização, para Alexy, não estão ligados a um nível deontológico, mas a um nível axiológico, o que pode gerar preferências subjetivas<sup>50</sup>. Afora isso, atentando-se que a técnica ou “fórmula” da ponderação seria o mecanismo apto a solucionar colisões, há quem sustente que se vê em Alexy, além de uma matematização do discurso jurídico, um artificialismo, até porque do resultado da ponderação, primeiro, remanesce forte discricionarietà e, segundo, ao fim sempre é extraída uma regra, fato que caracterizaria uma atividade subsuntiva.

Essa discricionarietà, condizente com a ideia de que os princípios podem ser considerados como mandados de otimização<sup>51</sup> é perigosa, quanto mais se prevalecer no imaginário dos juristas brasileiros que a ponderação é um princípio e não um método<sup>52</sup>, algo contraditado por Clarissa Tassinari na passagem adiante:

45 Registre-se, com efeito, que os casos que envolvem direitos fundamentais, muitos dos quais tidos *aprioristicamente* como *difíceis* possuem traços próprios, como bem alerta Waldron, ao dizer que tais casos: “esses casos possuem “uma característica multifacetária, que usualmente tem sido considerada como inapropriada para ser decidida em uma estrutura judicial” WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. *Yale Law Journal*, v. 115, p. 1336, 2006.

46 ALEXY, Robert. *Derecho Y Razón Práctica*. 2. ed. México: Fontamara, 1998. p. 12.

47 A respeito da impossibilidade de se promover a cisão *a priori* entre casos fáceis e difíceis: STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. capítulo 4.

48 Cfe. ALEXY, Robert. *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). *Derecho y Filosofía*. Barcelona-Caracas: Alfa, 1985. Problemas da teoria do discurso. *Revista do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 1, 1996. *Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. *Teoría de la Argumentación Jurídica. Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica*. Madrid: CEPC, 1997.

49 Na terminologia de Habermas: “Dado que os direitos desempenham no discurso jurídico o papel de razões ponderáveis entre si, Alexy vê nisso a confirmação de sua concepção, segundo a qual se podem tratar princípios como valores”. HABERMAS Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 367.

50 Lenio Streck tece críticas à teoria da argumentação de Alexy e as que dela são derivadas. Eis a transcrição ilustrativa: “independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da ‘delegação’ em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isso é assim porque a ponderação implica essa ‘escolha’ subjetiva. E prossegue: “em Alexy, há direitos que, em abstrato, possuem peso maior que outros”, o que, segundo o autor, encobre o verdadeiro raciocínio que estrutura a compreensão. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232-233.

51 Segundo Alexy: “Princípios contêm, pelo contrário [das regras], um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. [...] a forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva o do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo”. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37.

52 Cf. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do Positivismo Clássico ao Pós-positivismo Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. Capítulo 1.

Com Alexy, por sua vez, na medida em que os princípios passam a ser considerados mandados de otimização, empregados como critérios interpretativos apenas na insuficiência da regra, ganha espaço a ponderação. Sob a influência da teoria da argumentação jurídica de matriz alexyana, no Brasil, a ponderação torna-se o método interpretativo mais referido e chamado a ser utilizado, assumindo a feição de sopesamento entre dois (ou mais?) princípios. Contudo, como afirma Lenio Streck, à diferença da teoria alexyana, é recepcionada como princípio (quando, na verdade, originalmente, a ponderação é apresentada como regra) e constitui um procedimento de confronto direto entre princípios, concepção igualmente equivocada.

[...] pela ponderação, abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão [...]. Tudo repercute em uma acentuada concessão de poderes aos magistrados, que culmina no ativismo judicial, comprometendo a democracia<sup>53</sup>.

Este, destarte, o perigo de se recepcionar de forma equivocada uma teoria, dentre elas a que serviu de exemplo neste tópico (a teoria da argumentação de Robert Alexy<sup>54</sup>). Nas palavras de Lenio Streck:

O Direito Constitucional, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível — sim, insista-se, é realmente impossível — fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação — nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy — não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”

[...] no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, à ponderação conduz à formação de uma regra — que será aplicada ao caso por subsunção —, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álbi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos<sup>55</sup>.

A título de contraponto, abstraindo-se, contudo, o posicionamento pessoal acerca do caráter discricionário da ponderação presente na teoria da argumentação de Robert Alexy, bem como advertindo que esta (a ponderação) se operacionaliza por meio de estruturas que são, em verdade, estruturas de argumentação racional, as quais ganham força pela proporcionalidade e seus elementos constitutivos, o fato é que o discurso decisório vem ganhando contornos diversos.

Explica-se: a ser aplicada corretamente e com rigor a teoria alexyana, uma vez configurada a colisão entre direitos fundamentais, a partir de enfoque do caso concreto, deveria o órgão decisor proceder à análise dos chamados três subprincípios da ponderação para o fim de verificar, sucessivamente, se a restrição a um dos direitos é adequada e, subsequentemente, proporcional ao fim que se almeja. Não é o que se verifica, entretanto, no dia a dia forense.

Em tom bastante sintético, como adiantado, a proporcionalidade possui três subprincípios: (i) adequação: em sentido majoritário na doutrina brasileira se entende o conceito como aquilo que é apto na busca do resultado pretendido; (ii) necessidade: a limitação de um direito fundamental só será necessária se para o alcance do desiderato pretendido não exista outra medida ou ato de menor gravidade ou intensidade; e, (iii) proporcionalidade em sentido estrito: só ocorre depois de ultrapassados os dois primeiros e se liga à ideia

53 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book.

54 MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e Pretensão de Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. 346 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: Unisinos, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

55 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 287.

de um raciocínio de sopesamento entre a intensidade da restrição de que o direito fundamental irá sofrer e a proeminência e/ou importância da realização do outro (o colidente), o que, ao fim, justifica a adoção da medida de restrição.<sup>56</sup>

Ocorre que a utilização da proporcionalidade — *desvirtuada*, exatamente porque comumente mal aplicada — acaba assumindo forte conteúdo retórico (no sentido pejorativo de engodo, até), pois não utilizada a teoria de modo técnico, com exame pormenorizado de todos os subprincípios. Utiliza-se, quando muito, apenas o terceiro subprincípio na desenfreada busca da justa medida entre a restrição implementada e a finalidade objetivada. O que se quer dizer, ao fim e ao cabo, é que falta uma lógica operacional e teórica palpável no que toca, principalmente, à fundamentação das decisões tribunalísticas, o que, a toda evidência, não é bom para a democracia, vindo a propiciar, por conseguinte, irracionalidades e ativismos desmedidos, fulcrados na abertura semântica e até estrutural dos direitos fundamentais em eventual colisão.

À guisa de conclusão, a operacionalização da proporcionalidade se desvirtuada de seus pressupostos teóricos, pode, sim, causar ativismos. Isso porque sua aplicação corriqueira é ligada ao exame da proporcionalidade em sentido estrito (e insatisfatoriamente, pois por vezes nem mesmo se qualifica o grau de intensidade ou restrição do direito fundamental restringido e avaliado o peso do oposto); não é versado, na decisão, o procedimento da ponderação, tornando-o controlável e aferível, em uma perspectiva racional, o que torna a decisão injustificada.

## 6. A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Em tempos de judicialização da vida (e até de ativismos, como se viu), é preciso que se confira a devida importância à motivação dos atos e decisões judiciais. A decisão, insiste-se, tem de ser motivada em seu sentido mais profícuo, porquanto só assim será possível um efetivo controle da atividade judiciária, algo inerente à ideia de Estado de Direito Democrático.

Há ainda, segundo a doutrina que se reputa adequada, uma responsabilidade política dos juízes (Dworkin), de forma que estes, no ato de julgar, estão atrelados a um todo coerente e integrado: o Direito. Por essa razão há a noção de integridade, a qual perpassa pelo resgate principiológico da história institucional do direito, que está a condicionar o intérprete.

É a partir dos aportes teóricos de Ronald Dworkin que se afirma a reprobabilidade da discricionariedade judicial e, notadamente, a falta de controle desta. Ora, permitir que o magistrado decida de modo inovador e irrestrito qualquer matéria a seu crivo (mesmo as de índole tipicamente legislativa ou política) pode representar a chancela do arbítrio da coerção estatal. É com Dworkin que se apreende que os Tribunais, ao julgar um novo caso, devem respeito à história institucional da aplicação daquele instituto e, para facilitar sua fala, o autor faz uma metáfora: a do romance em cadeia.

Em outra terminologia: ao decidir cada singular caso o juiz deve se visualizar como participante de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história. Seu trabalho é continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Deve o magistrado interpretar o que aconteceu antes, exatamente porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção<sup>57</sup>.

Eventuais rupturas com essa história institucional devem ser devidamente fundamentadas, consoante a integridade do direito, sob pena de ser criado um quadro de ‘anarquia interpretativa’, no qual cada juiz ou tribunal julgaria a partir de uma espécie de ‘marco zero’, em franco desrespeito ao contraditório. Eis as palavras do autor a respeito da integridade do direito:

56 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 41.

57 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2005. p. 238.

começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. [...] Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza<sup>58</sup>.

Diante de tal quadro, o magistrado, conquanto diante, por exemplo, de um caso complexo, tem por dever descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos, mesmo porque, para o autor sob enfoque, a tarefa da jurisdição não é criar direitos, mas promover sim uma tarefa hermenêutico-investigativa. É preciso que se reconstrua, como dito anteriormente, a história institucional de determinada sociedade, respeitando-se o passado, à luz, claro, das particularidades do caso presente, que é sempre aberto a horizonte futuro. Logo, deparando-se com um de um caso concreto o magistrado deve reconstruir “o” direito e não “um” direito, não sendo outra a intelecção de Cattoni de Oliveira:

o julgador, procurando colocar-se na perspectiva de sua comunidade, considerada como uma associação de coassociados livres e iguais perante o direito (community of principle), deve compreender o Direito positivo como o esforço dessa mesma comunidade para desenvolver o melhor possível o sistema de direitos básicos (nos termos da tese Law as integrity); e deve participar, criticamente, dessa (re) construção (The chain of Law)<sup>59</sup>.

Todo esse percorrer, por si só, claro, não é capaz de garantir a obtenção da propalada *resposta correta*. Mas certamente contribuirá para a obtenção de uma *resposta* fundada em uma *tradição do direito*, porquanto se estará primando pela reconstrução principiológica do caso sob exame, tendo como escopo a coerência e integridade do direito. De todo modo, o que se propõe é que se enxergue a *busca* pela *resposta correta* apenas como um ideal, uma metáfora, pois o mais relevante não é a resposta em si, mas a tentativa racional de encontrá-la.

Esta busca ou caminho percorrido para obtenção de tal resposta não deve ser oculto aos olhos dos jurisdicionados de modo geral. Ora, explicitar, de forma pormenorizada, como se chegou a uma conclusão é questão democrática. Estado Democrático de Direito não combina com discricionariedade desmedida. Quanto mais se levarmos a cabo a reflexão de Gadamer — adepto da hermenêutica filosófica —, para quem é preciso que se distinga o *compreender* do explicitar a *compreensão*.

A questão não é das mais simples, mas, apenas para ficar claro o que se pretende com isso, é preciso destacar que o processo compreensivo (o compreender) é filosófico, ao passo que a compreensão é lógica-argumentativa; a soma de ambos esses processos deságua na interpretação; ou ainda, o processo compreensivo se dá em um nível (o principal) e o de expor a compreensão em outro (secundário), como bem lembra Lenio Luiz Streck ao tratar daquilo que chama de “bases para a iluminação do compreendido”:

Pode-se dizer, depois de tudo que foi exposto, que a resposta correta à luz da hermenêutica será a ‘resposta hermenêuticamente correta *para aquele caso*, que exsurge na síntese hermenêutica da applicatio. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano de uma argumentação racional, o que demonstrar que, a hermenêutica não pode ser confundida com a teoria da argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico).

Afinal, se interpretar é explicitar o compreendido (Gadamer), a tarefa de explicitar o que foi compreendido é reservada às teorias discursivas e, em especial, à teoria da argumentação jurídica. Mas esta não pode substituir ou se sobrepor àquela, pela simples razão de que é metódico-epistemológica<sup>60</sup>.

58 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 274.

59 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 152.

60 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 403.

Deixando mais claro: se a decisão judicial é um processo de reconstrução do direito e se sempre há uma pré-compreensão que conduz a visão do intérprete, é inarredável perscrutar a maneira pela qual um dado caso similar vinha sendo definido, confrontando as manifestações judiciais (jurisprudências) com as práticas sociais que, em cada quadra da história, advém para estabelecer novos sentidos às coisas.

E não basta, obviamente, explicitar o fundamento legal (em sentido amplo) da decisão; a justificação deve ser imunizada de subjetivismos, a partir da invocação de argumentos técnico-jurídicos; a sentença tem sim que se referir a todos os argumentos das partes, afinal, “é inadmissível supor que o juiz possa escolher para julgar, apenas algumas das questões que as partes lhe submeterem. Sejam preliminares, prejudiciais, processuais ou de mérito, o juiz tem de examiná-las todas, algo que, infelizmente é tido como minoritário em nossos tribunais<sup>61</sup>. Se não o fizer, a sentença estará incompleta<sup>62</sup>”.

Por tudo o que se expôs, para preservação da democracia, o Poder Judiciário, como relevante órgão que é, no qual deságuam matérias diversas a partir do caráter dirigente de nossa constituição e dos programas não implementados na sua plenitude, deve demonstrar grande comprometimento coma fundamentação, repetindo os acertos do passado e corrigindo, fundamentadamente, os equívocos. E, frise-se, a legitimidade da fundamentação (e da decisão), na qualidade de direito fundamental (art. 93, IX, CF) deve ser íntegra e coerente, devidamente materializada pela tradição e filtrada por uma reconstrução linguística da história institucional de uma dada comunidade.

## 7. CONCLUSÃO

Em suma, viu-se que, com o dirigismo constitucional, a Carta Republicana de 1988 ganhou força, o que, ante o não cumprimento de suas promessas (as promessas da modernidade) desaguou em intensa judicialização, a qual, como também visualizado, não se confunde com ativismo, porquanto a primeira é contingencial e o segundo é postura institucional.

Ou seja: este constitucionalismo dirigente, em países como o Brasil, ampliou e potencializou as possibilidades de judicialização; projeta também (mas não apenas), o poder judiciário em uma condição de órgão que implementa políticas públicas e promessas constitucionais da modernidade, o que, entretanto e obviamente, não o torna o senhor da “última palavra”, como destacado no presente texto.

Aliás, a postura ativista, nesta quadra da história, muito embora existente, deve ser combatida se encampada como discurso institucional, porque, com muito mais razão, também, o judiciário deve atuar dentro de limites constitucionais; diante disso, precisa evitar adentrar em funções tipicamente voltadas ao legislativo e ao executivo, de maneira que não se faz legítimo depositar nele (no judiciário) um olhar reificador e que lhe confere, por reflexo direto, a responsabilidade de promover a cura da afasia social brasileira.

Há ainda, perigos, condizentes com a aplicação desvirtuada de teorias, como exemplificado com a ponderação de Robert Alexy. Essa teoria, exatamente porque pautada no Brasil pela utilização da proporcionalidade, vem sendo, pouco a pouco, *desvirtuada*, exatamente porque é comumente mal aplicada. Diz-se isso pela circunstância de a proporcionalidade, no dia a dia forense, assumir forte conteúdo retórico (no sentido pejorativo de engodo, até), porquanto não utilizados de forma pormenorizada os subprincípios que dela fazem parte integrante.

61 *Mutatis mutandis*, o acerto, por outro lado, está com a doutrina adiante: “...fundamentar é exata e precisamente contra-argumentar! Todo ponto de vista da estrutura racional, a fundamentação de uma peça recursal em nada difere da fundamentação da decisão de um recurso: a diferença que existe não está na essência, mas na autoridade que se reveste o pronunciamento, dos argumentos (no sentido lato) das partes, na medida em que sejam acolhidos pela decisão. [...] o Tribunal deve manifestar-se também sobre questões que, a seu ver, são impertinentes, não devendo, pois, figurar na fundamentação propriamente dita, mas no relatório” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005. p. 397.

62 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Sentença e coisa julgada: exegese do CPC, arts. 444 a 475. São Paulo: Aide, 1992. p. 103.



Utiliza-se, como também destacado alhures, quando muito, apenas o terceiro subprincípio (a proporcionalidade em sentido estrito) na desenfreada busca da justa medida entre a restrição implementada e a finalidade objetivada, o que traz a reboque, em oportunidades diversas, a inexistência de uma lógica operacional e teórica palpável, principalmente, quanto à falta de fundamentação escoreta das decisões tribunalísticas, algo prejudicial à democracia, capaz de propiciar irracionalidades e ativismos desmedidos, fulcrados na abertura semântica estrutural dos direitos fundamentais em eventual colisão.

O grande perigo, pois, é que a operacionalização da proporcionalidade, desvirtuada de seus pressupostos teóricos, seja o pano de fundo de posturas e decisões ativistas, já que, como visto, não é raro presenciar sua aplicação limitada ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, sem qualquer alusão ao procedimento da ponderação, tudo a bem de dificultar o controle do agente decisor, em uma perspectiva de constitucionalidade absolutamente questionável.

Sobrevém, por tais fatos, de grande relevância a motivação das decisões judiciais, de maneira a garantir a plena eficácia do art. 93, IX, CF, estabilizando e uniformizando a postura judiciária, seguindo-se no caminho da integridade e coerência, nos moldes dworkinianos, como se acredita deva ser, à luz do que explicitado anteriormente.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. México: Fontamara, 1998.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do CPC, arts. 444 a 475*. São Paulo: Aide, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. London: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 4.277/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011, rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

- CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003;
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004. p. 110
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 38-49, out./dez. 1996
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, mar./maio, 1994.
- GARAPON, Antoine. *O Guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- HABERMAS Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.2
- MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e Pretensão de Correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013. 346 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: Unisinos, 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito, 2010.
- NETTO, Menelick Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. *Ativismo Judicial: paradigmas atuais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e prática do poder constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988: 15 anos depois. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 18-62.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, v. 189, p. 11-52, nov. 2010
- TUSHNET, Mark. Democracy Versus Judicial Review. *Dissent*, v. 41, 2005. Disponível em: <<http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248>>. Acesso em: 18 dez. 2014.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.). *Derecho y filosofía*. Barcelona: Alfa, 1985.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2. p.39-85, nov. 2007, p. 41
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, issue 6, p.1346-1406. 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Por dentro das supremas cortes:  
bastidores, televisionamento e a  
magia da tribuna**

**Inside Supreme Courts:  
backstage, televising and the  
magic tribune**

Saul Tourinho Leal

# Por dentro das supremas cortes: bastidores, televisionamento e a magia da tribuna\*

## Inside Supreme Courts: backstage, televising and the magic tribune

Saul Tourinho Leal\*\*

### RESUMO

Este artigo visa abordar os bastidores, o televisionamento e a magia da tribuna em uma comparação entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Supremo Tribunal Federal. Pelo método histórico-descritivo, propõe-se a comparação das atribuições conferidas aos diversos Presidentes da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Supremo Tribunal Federal. Procura-se abordar a comparação do televisionamento entre as Cortes e o papel da Tribuna que, com a transmissão ao vivo da TV e da Rádio Justiça, converte a rotina de julgamento em um importante espetáculo da Justiça.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Bastidores da presidência. Televisionamento. Magia da tribuna.

### ABSTRACT

Article discusses the background, the televising and the magic Tribune in a comparison between the Brazilian Supreme Court and the US Supreme Court. By historical and descriptive method, we propose to compare the tasks of the various Presidents of the United States Supreme Court and the Brazilian Supreme Court. Seeks to address the comparison between televising the courts and the role of the Tribune that with the live broadcast of TV and Radio Justiça, that converts a judgment routine in an important spectacle of Justice.

**Keywords:** Brazilian Supreme Court. President' court Backstage. Televising. Magic tribune.

\* Artigo convidado.

\*\* Doutor em Direito pela PUC/SP. Advogado. Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). E-mail: stl1@bol.com.br

Muito se diz sobre as Supremas Cortes. O ritual, a solenidade, os protocolos, os mantos negros sobre as costas dos julgadores e o poder de suas decisões contribuem para todo tipo de comentário, alguns reais, outros mera ficção.

Fala-se que elas seriam espécies de confrarias, ou, então, um tipo bem peculiar de clube. Também se comenta que ali teríamos uma arena. Pode ser uma constelação, com inúmeras estrelas ou quem sabe um arquipélago, repleto de ilhas, às vezes, bem distantes umas das outras<sup>1</sup>.

Independentemente do que se fale, há um encantamento em torno dessa espécie de mundo secreto que cerca as Supremas Cortes. Conheçamos um pouco desse universo.

O pontapé inicial é saber como se ingressa numa Suprema Corte. Esse ingresso passa, antes de tudo, por um convite feito — no Brasil e nos Estados Unidos — pelo Presidente da República.

Em 30 de setembro de 1953, Earl Warren recebeu um telefonema. Do outro lado da linha, a informação era relevante. O Presidente dos Estados Unidos, Dwight D. Eisenhower, acabava de lhe indicar para Presidente da Suprema Corte. O convite não poderia ser mais honroso. Warren não só iria presidir toda a Corte, mas iria, também, ser a cabeça do sistema federal judicial.

Ele aceitou o convite. Dia 03 de outubro, enviou sua carta de renúncia como governador da Califórnia. O poder que lhe seria entregue era imenso. Exatamente por isso que à frente da Corte devemos “ter um líder e não um ditador”<sup>2</sup>.

No Brasil, clássica foi a indicação do ministro Eros Grau ao STF. O então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, ligou-lhe e disse que o Presidente Lula queria lhe falar. Eros telefonou para o Presidente, no que ouviu: “Eros, você já morou em Brasília?”. “Eu não” — respondeu. “Pois, então, agora vai morar!” — finalizou o Presidente<sup>3</sup>. O Professor Eros estava indicado à Suprema Corte.

As Supremas Cortes, vez ou outra, têm ‘Super Presidentes’. Nos Estados Unidos, a história consagrou Earl Warren, que esteve à frente da Suprema Corte por mais de quinze anos (1953/1969). No Brasil, juristas de renome, como José Levi Mello do Amaral Júnior<sup>4</sup> e Lênio Streck<sup>5</sup>, deram, ao período em que o STF foi presidido pelo Ministro Gilmar Mendes, o nome de “Corte Gilmar Mendes”, em razão do ritmo intenso de trabalho e da coragem demonstrados.

‘Super Presidentes’ costumam ser ‘Super Vaidosos’, com toda a razão. Após ter feito uma palestra para centenas de alunos no salão da Escola de Direito de Notre Dame, Earl Warren presenciou um aluno no fundo do salão lhe indagar: “Algumas pessoas têm sugerido que você ficará na história com Marshall como um dos dois maiores Presidentes da Suprema Corte dos Estados Unidos.” Warren, gargalhando esplendidamente, interrompeu o estudante: “Você poderia perguntar novamente — um pouco mais alto, por favor?”

1 A expressão ‘arquipélagos com ilhas que se comunicam pouco’ é do ministro do STF (aposentado), Sepúlveda Pertence, referindo-se, na verdade, a todo o Poder Judiciário.

2 De excelência a obra de SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 65.

3 GRAU, Eros. Julgamento do mensalão: Ministro Eros Grau, do Supremo, diz que não antecipou voto. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 27 ago. 2007. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-27/juiz\\_ao\\_direito\\_antecipar\\_voto\\_eros\\_grau](http://www.conjur.com.br/2007-ago-27/juiz_ao_direito_antecipar_voto_eros_grau)>. Acesso em: jun. 2011.

4 As palavras do Professor José Levi Mello do Amaral Júnior são as seguintes: “Há ministros que marcam todo um período, independentemente de ocuparem ou não a Presidência. Exemplo recente foi o Ministro Moreira Alves, que durante quase trinta anos foi determinante para os rumos do Supremo Tribunal Federal. Nesta linha de raciocínio, é possível identificar e avaliar uma ‘Corte Gilmar Mendes’”. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. A corte do ministro: é possível identificar uma Corte Gilmar Mendes. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 23 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-23/antes-presidente-gilmar-mendes-influenciava-supremo>>. Acesso em: jun. 2011.

5 Vale conferir a íntegra da entrevista: STRECK, Lênio. Justiça lotérica: ativismo judicial não é bom para a democracia. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 15 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: jun. 2011. As palavras do Professor Lênio são as seguintes: “A corte Mendes — é impossível não falar assim, porque o STF assumiu um novo ritmo sob a presidência de Gilmar Mendes — também sofre esse tipo de críticas”.

Estou tendo alguns problemas de audição”<sup>6</sup>. Quanto mais o aluno repetia a pergunta, mais Warren se deli-  
ciava com a comparação.

Mas um Presidente de Suprema Corte não vive só de vaidade. Ele também é cercado de atribuições ad-  
ministrativas que garantem o pleno funcionamento do Tribunal. Essas atribuições são tantas que, às vezes,  
algumas delas soam menores. Mas não são.

No Brasil, causou certa estranheza a decisão da Presidente Ellen Gracie de transferir o mobiliário do STF  
para a sua antiga sede no Rio de Janeiro. Achou-se, ao tempo, que a Presidente estava se atendo a tarefas  
menores. A Ministra, ocupando a Presidência da Suprema Corte, em 2006, assinou contrato de comodato  
com o Tribunal Regional Federal da 2ª Região para a instalação do antigo plenário do STF no Centro Cul-  
tural Justiça Federal (CCJF), na cidade do Rio de Janeiro.

Dentre as peças que constituíam o mobiliário havia

um quadro com fotos mostrando a composição dos ministros do STF em 1908, várias cadeiras em estilo  
vitoriano e uma cabine telefônica para interiores (da época em que os telefones operavam em sistema de  
manivela ou magneto, bateria central e automático de disco)<sup>7</sup>.

Isso prova que ocupar o posto de presidente de uma Suprema Corte não afasta os ministros de atribui-  
ções aparentemente pequenas. Bernard Schwartz nos diz que, nos Estados Unidos, o

Presidente Burger se comprometeu a redecorar a cafeteria da Suprema Corte e ajudou a escolher os  
vidros e a porcelana. Ele também redesenhou a Bancada da Corte, mudando-a de uma tradicional linha  
reta para um ‘alado, ou uma forma de semi-hexágono<sup>8</sup>.

Percebam que não são poucas as atribuições do Presidente de uma Suprema Corte.

No Brasil, o Presidente vive uma rotina incessante. Cabe a ele zelar pelas prerrogativas do Tribunal,  
representá-lo perante os demais poderes e autoridades e dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões ple-  
nárias. Também é o presidente quem executa e faz cumprir os seus despachos, suas decisões monocráticas,  
suas resoluções, suas ordens e os acórdãos transitados em julgado e por ele relatados, bem como as delibe-  
rações do Tribunal tomadas em sessão administrativa e outras de interesse institucional.

O Presidente do STF decide questões de ordem ou as submete ao Tribunal. Ele decide questões urgentes nos  
períodos de recesso ou de férias e profere voto de qualidade nas decisões do Plenário. Também dá posse aos Mi-  
nistros e concede-lhes transferência de Turma; concede licença aos Ministros, de até três meses, e aos servidores  
do Tribunal; dá posse ao Diretor-Geral, ao Secretário-Geral da Presidência e aos Diretores de Departamento;  
superintende a ordem e a disciplina do Tribunal, bem como aplica penalidades aos seus servidores; apresenta ao  
Tribunal relatório circunstanciado dos trabalhos do ano; relata a arguição de suspeição oposta a Ministro.

Cabe ao Presidente, ainda, assinar a correspondência destinada ao Presidente da República; ao Vice-  
-Presidente da República; ao Presidente do Senado Federal; aos Presidentes dos Tribunais Superiores, entre  
estes incluído o Tribunal de Contas da União; ao Procurador-Geral da República; aos Governadores dos  
Estados e do Distrito Federal; aos Chefes de Governo estrangeiro e seus representantes no Brasil; às autori-  
dades públicas, em resposta a pedidos de informação sobre assunto pertinente ao Poder Judiciário e ao STF.

Em 1946, pouco antes da sua morte, o então Presidente da Suprema Corte norte-americana, Harlan F.  
Stone, assoberbado de encargos administrativos, respondeu o seguinte ao Presidente Truman, que lhe ofe-  
recia mais uma responsabilidade adicional:

6 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 88.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ellen Gracie assina transferência do mobiliário histórico do STF para o Rio de Janeiro*, 09 ago. 2006. Dis-  
ponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67550&caixaBusca=N>>. Acesso em: jun. 2011.

8 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 65.

Poucos estão cientes que nem meu antecessor, nem eu temos sido capazes de enfrentar as demandas diárias sobre nós sem trabalhar noites e feriados e domingos. Os deveres administrativos do Presidente têm aumentado, e muitos outros deveres têm sido impostos nele por atos do Congresso que meus antecessores não foram chamados para executar<sup>9</sup>.

Noutras oportunidades, o que aparenta ser algo de menor importância se mostra como o anúncio de um novo tempo sobre o qual irá pairar a personalidade do líder da Corte. Quando o Presidente Warren

chegou à primeira vez em 1953, a Corte tinha lavabos separados para os negros. Uma das primeiras coisas que ele fez foi eliminar a discriminação que estava tomando conta no próprio prédio da Corte<sup>10</sup>.

Ali era o aviso do fim da segregação racial liderado por ele anos depois.

Dia 28 de agosto de 2008, durante a Presidência do ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte contou com a sustentação oral da advogada-índia Jôenia Batista de Carvalho, a primeira índia a se formar em Direito no país e a primeira advogada índia a fazer sustentação no Plenário do STF. Discutia-se a polêmica questão da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

Joênia trazia, em sua face, faixas de tinta vermelha, numa típica pintura indígena, além de colares tribais. Aquela cena, incrivelmente simbólica, acenava para uma postura que se consolidou na época da chamada ‘Corte Mendes’: a abertura da Corte para a participação de todos os setores da sociedade no processo de interpretação constitucional. Só no caso Raposa Serra do Sol, foram admitidos, como assistentes, representantes das seguintes comunidades indígenas: Socó, Barro, Maturuca, Jawari, Tamandua, Jacarezinho e Manalai<sup>11</sup>.

Vejam como a personalidade do Presidente pode marcar o rumo tomado pela Suprema Corte. No caso americano, uma Corte presidida por um líder avesso à segregação racial. No caso brasileiro, a presidência às mãos de um líder que queria as potências públicas participando do processo de interpretação constitucional.

Mas nem tudo numa Suprema Corte são flores. Ali também é o palco de grandes discussões que muitas vezes se afastam completamente dos debates jurídicos.

No Brasil, é ilustrativo o debate travado entre o ministro Marco Aurélio e o ministro Joaquim Barbosa na sessão plenária de 04 de setembro de 2008, uma quinta-feira, iniciado em razão de uma insatisfação do Ministro Marco Aurélio com uma entrevista que o colega havia dado ao jornal Folha de São Paulo, dias antes.

Após discordâncias jurídicas acerca dos autos do processo em julgamento, o ministro Marco Aurélio disse ao ministro Joaquim Barbosa:

[...] eu esperava que Vossa Excelência consertasse algo que saiu em uma entrevista veiculada em um grande jornal. Se não fosse a nossa desavença, o pessoal da operação Anaconda não teria sido condenado. Eu penso que nossa desavença ficou em uma questão estritamente instrumental<sup>12</sup>.

Após ouvir a indagação, o ministro Joaquim ponderou: “Não misturemos as coisas” e, mais adiante, pediu “voltemos ao exame da Adin 3501. É disso que se cuida aqui”. Em seguida, o Ministro Marco Aurélio advertiu-o: “Excelência, se cuida aqui de Supremo Tribunal Federal”, no que escutou a resposta do colega: “Vossa Excelência não precisa me ensinar. Eu sei muito bem o que é Supremo Tribunal Federal. Aliás, eu não só sei muito bem, como escrevi sobre isso”.

Nos Estados Unidos, em 1947, os assessores dos ministros da Suprema Corte queriam dar uma festa de Natal convidando os servidores negros. O Presidente Vinson achou por bem levar a questão para uma ses-

9 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 68.

10 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 66.

11 PET 3388.

12 RONCAGLIA Daniel. Choque de guardiões: Bate-boca em plenário revela mal-estar com Joaquim Barbosa. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 04 set. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-04/bate-boca\\_sessao\\_supremo\\_revela\\_mal-estar\\_jb](http://www.conjur.com.br/2008-set-04/bate-boca_sessao_supremo_revela_mal-estar_jb)>. Acesso em: jun. 2011.



são administrativa. Na sessão, o ministro Stanley Reed disse que não participaria do evento caso fosse aberto a negros. Em reação, ouviu que sua postura poderia colocar a Corte em uma “posição terrível... após todas as nobres expressões da publicidade da Corte contra a discriminação racial”. O ministro Reed respondeu: “Este é puramente uma questão privada e eu posso fazer o que me agrada referente às partes privadas.”

Mais uma vez, o conflito entre vida pública e vida privada aparece. Para o Ministro, não comparecer a eventos sociais que contem com a presença de negros, seria uma ‘questão privada’. Imediatamente após o argumento de Reed, o ministro Frankfurter reagiu afirmando que:

o fato verdadeiro de que estamos sentados aqui por aproximadamente uma hora discutindo o direito de assegurar os participantes torna difícil considerar a questão como puramente privada. A Corte está emaranhada, não importando o modo como você olha para isto<sup>13</sup>.

Depois do entretanto, a proposta de festa de Natal na Suprema Corte norte-americana foi silenciosamente arquivada.

Outro ponto de destaque na vida de uma Suprema Corte é a oportunidade para os advogados sustentarem oralmente suas razões perante o conselho de julgadores.

Nos Estados Unidos, Earl Warren sempre realçou a importância desse momento. O ‘Super Presidente’ costumava dizer que “o médio advogado jamais poderia ter oportunidade de arguir um caso perante a Suprema Corte”. O advogado deveria ter em mente que seria um momento único aquele no qual ele estaria diante dos ministros e isso deveria representar para ele “o topo da sua carreira”. “Cada procurador novato admitido ganhava um sorriso”<sup>14</sup> do Presidente.

O STF é muito menos ortodoxo no que diz respeito à sustentação oral. Há casos, inclusive, que entraram para a história folclórica da Corte.

Certa vez, o ministro Marco Aurélio fazia a leitura de seu voto relativo a uma grande discussão tributária quando um advogado se dirigiu à tribuna e afirmou: “Ministro, Ministro, uma questão de fato”. O ministro Marco Aurélio reagiu: “Vossa Excelência permite que o relator termine o voto?”. O advogado, chocado diante da tribuna, nada falou. Em seguida, o ministro Marco Aurélio, voltando-se para o então presidente da Corte, ministro Gilmar Mendes, disse:

Presidente, creio que precisamos adotar postura mais rigorosa quanto à interferência dos senhores advogados quando estiver votando um integrante do Tribunal. Nem mesmo é possível ao relator terminar um voto que está proferindo? Estou sempre pronto a ouvir os senhores advogados, mas em esclarecimento de fato e após o voto que estiver proferindo. Respeito os senhores advogados, como aguardo — e aqui o respeito é mútuo — que respeitem também os julgadores. Sempre ressalto que os advogados são indispensáveis à administração da Justiça, mas que atue no momento adequado.

O advogado lamentou o ocorrido e pediu desculpas ao Ministro, conseguindo nova oportunidade para usar a palavra. Quando usou, disse:

A questão de fato era somente para esclarecer que concordo com a interpretação de Vossa Excelência com relação à alíquota zero e não tributada, mas, na isenção, há uma alíquota diferente.

O ministro Marco Aurélio não perdoou:

Presidente, o advogado não precisa concordar, considerados os interesses do constituinte, com o voto prolatado por integrante do Tribunal para que esse voto ressoe<sup>15</sup>.

13 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 67-68.

14 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 67-68.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 566819/RS. Plenário. Recorrente: Jofran Embalagens Ltda Recorrido: União. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de setembro de 2010. Ver página 13 do acórdão.

Outro ponto que merece a nossa atenção se trata da marca política inerente a alguns integrantes de Supremas Cortes. Há ministros que são mais hábeis com a política partidária e com as negociações com o Congresso Nacional do que com a própria construção da jurisprudência da Corte.

Nos Estados Unidos, o Presidente Burger foi um dos presidentes da Suprema Corte que maior habilidade demonstrou em manter boas relações com o Capitólio.

No Brasil, o Ministro Nelson Jobim se destacou na negociação com o Congresso Nacional para aprovação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que estabeleceu a Reforma do Judiciário. Segundo o professor da Fundação Getúlio Vargas, Joaquim Falcão, “Nelson Jobim deu vida à Emenda n. 45/2004”<sup>16</sup>.

Há, também, na rotina de uma Suprema Corte, situações inusitadas impostas aos ministros. A ministra Cármen Lúcia, do STF, não usa carro oficial. Certa vez, chegou à Suprema Corte dirigindo o próprio carro, “um Golf prateado, ano 2001”. Foi barrada à entrada da garagem pelo segurança com o argumento de que, ali, só entraria ministro. Cármen respondeu: “Eu sou ministra!”, no que escutou em tom desafiador: “Onde está o seu carro?”. A Ministra, mineiríssima, finalizou a discussão: “Ou bem aqui se entra ministro, ou bem se entra o carro”<sup>17</sup>. Terminou conseguindo entrar.

Outro ministro do STF que, vez ou outra, aparece guiando o seu próprio carro, dispensando carro oficial, é o ministro Marco Aurélio. Além de dirigir um Alfa Romeo 1998, já ocorreu de Sua Excelência chegar à Corte, conduzindo uma moto Kawasaki 97”<sup>18</sup>.

Nos Estados Unidos, situações com carros oficiais entraram para o folclore da Corte. Antes de Earl Warren se tornar Presidente, ninguém tinha carro oficial. Uma noite, ele viu uma ligação em sua secretária eletrônica dando-lhe ciência de que uma limusine havia sido contratada para que o levasse a um jantar na Casa Branca. Warren protestou que contratar uma limusine era uma extravagância sem necessidade, mas lhe insistiram que não seria apropriado para o Presidente da Suprema Corte atender ao Presidente da República chegando num jantar em um táxi<sup>19</sup>.

Warren, insatisfeito, aceitou a limusine. De repente o carro chegou. Era uma verdadeira ‘carroça’ com um largo emblema afixado na sua lateral: “Aeroporto Nacional de Washington”. Bernard Schwartz relata que “o motorista disse que tinham pensado que o aluguel era para o aeroporto, e seu carro tinha sido escolhido com a finalidade de carregar a bagagem”. Como era muito tarde mudar os planos, e, além do mais, poderiam ter que pagar, eles foram para a Casa Branca naquela ‘carroça’.

Ver o Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos chegando à Casa Branca numa ‘carroça’ “criou uma agitação em Washington”. Schwartz revela que

pouco depois, o Presidente do Comitê de Dotações do Senado adicionou a um projeto de dotações uma emenda para providenciar ao Presidente um carro oficial. Ela passou sem discussão<sup>20</sup>.

Não é tão raro o Presidente do Poder Executivo oferecer jantares aos ministros da Suprema Corte. Recentemente, a Presidente Dilma Rousseff ofereceu uma recepção aos ministros do STF. Sua Excelência recebeu, na residência oficial da Presidência da República, os ministros Carlos Britto, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Não compareceram: Celso de Mello, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. As primeiras palavras da Presidente, no jantar, destacaram

16 FALCÃO, Joaquim. *O Judiciário segundo os brasileiros*. Disponível em: <academico.direito-rio.fgv.br/.../O\_Judiciário\_segundo\_os\_brasileiros.doc.>. Acesso em: jan. 2011.

17 FALCÃO, Joaquim. *O Judiciário segundo os brasileiros*. Disponível em: <academico.direito-rio.fgv.br/.../O\_Judiciário\_segundo\_os\_brasileiros.doc.>. Acesso em: jan. 2011.

18 CARVALHO, Luiz Maklouf. Data Venia: o Supremo. *Revista Piauí*, n. 47, ago. 2007.

19 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 69.

20 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 70.

“o seu imenso prazer por receber os ministros do Supremo”<sup>21</sup>.

A Presidente não foi pioneira na iniciativa. Em 22 de abril de 2008, o então Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, realizou jantar em homenagem à presidente do STF, ministra Ellen Gracie, no Palácio da Alvorada. Não compareceram ao evento os ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio Mello e Joaquim Barbosa.

Nos Estados Unidos, o atual Presidente, Barack Obama, aguardou sua indicada à Suprema Corte, Sonia Sotomayor, tomar posse e, em seguida, ofereceu-lhe uma recepção na Casa Branca, em 12 de agosto de 2009. No dia 06 de agosto de 2010, foi a vez de oferecer outra recepção na Casa Branca, dessa vez para brindar a confirmação do Senado da nomeação de Elena Kagan para a Suprema Corte.

As Supremas Cortes costumam gerenciar boa parte de suas atividades de rotina por meio de órgãos fracionários chamados de comissões ou comitês. O STF conta com inúmeras comissões: Comissão de Regimento, Comissão de Jurisprudência, Comissão de Documentação e, por fim, a Comissão de Coordenação.

A Suprema Corte norte-americana também tem as suas comissões, chamadas de “comitês”. Um deles é composto por três ministros e se volta para a “questão do transporte para a Corte”. Há, até, o “Comitê de Descanso”.

Em 27 de setembro de 1988, o Presidente Rehnquist informou aos demais ministros da Suprema Corte que “Sandra e Nino concordaram em continuar a servir no Comitê de Descanso da Corte e Sandra concordou em continuar a servir no Comitê da Cafeteria”<sup>22</sup>.

Essa troca de gentilezas entre os ministros da Suprema Corte não existe só nos Estados Unidos. Logo que soube da indicação do ministro Luiz Fux para a Suprema Corte, o ministro Marco Aurélio, ainda cedo do dia, telefonou-lhe, dando-lhe os parabéns<sup>23</sup>. A iniciativa marca boa parte de certa rotina social existente. No caso da ligação feita ao indicado, esta se torna ainda mais simbólica quando recordamos que, em 29 de novembro de 2001, Fux era nomeado ministro do Superior Tribunal de Justiça e, naquele dia, gozava da companhia, novamente, do ministro Marco Aurélio, num jantar em Brasília<sup>24</sup>.

Dia 15 de março de 2011, o ministro Marco Aurélio Mello ofereceu almoço de boas-vindas ao ministro Luiz Fux, contando com a presença dos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, integrantes da 1ª Turma da Corte onde o ministro Fux passaria a atuar<sup>25</sup>.

Vale recordar, ainda, como exemplo de troca de gentilezas, o aparte feito pelo saudoso ministro Menezes Direito à ministra Ellen Gracie, na votação da Súmula Vinculante nº 14, que tratava sobre direitos dos advogados quanto ao acesso a inquéritos.<sup>26</sup> A ministra Ellen explicava sua divergência quanto à aprovação da súmula vinculante. Em um determinado momento, justificou:

No entanto, Senhor Presidente, Senhores Ministros, creio que me deva ser feita justiça no sentido de que sou uma ‘velha’ defensora da súmula vinculante.

21 JARDIM, Lauro. Dilma afaga Temer. *Revista Veja*, 2011. Nota publicada na Coluna Radar. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/>>. Acesso em: jun. 2011.

22 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 73.

23 FALCÃO, Márcio. Ministros do Supremo aprovam indicação de Fux para 11ª vaga *Folha Online*. 02 fev. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/869600-ministros-do-supremo-aprovam-indicacao-de-fux-para-11-vaga.shtml>>. Acesso em: jun. 2011.

24 A informação vem de Gilberto Amaral que, em 29 de novembro de 2001, homenageava, em sua casa, o presidente da *Air France* na época, Francis Richard. Segundo Gilberto “de repente, o ministro Marco Aurélio adentra a nossa casa acompanhado de dois amigos, os advogados Tércio Lins e Silva e Luiz Fux. Fux tinha acabado de ser nomeado ministro do STJ e, nesta noite maravilhosa, as comemorações foram lá em casa”. Disponível em: <<http://www.gilbertoamaral.com.br/novosite/aplicacao/?fuseaction=apl.MostrarDetalheNoticia&IdeNot=1448>>. Acesso em: jun. 2011.

25 JARDIM, Lauro. Judiciário: recepção a Fux. *Revista Veja*, 15 mar. 2011. Coluna Radar.

26 Súmula Vinculante 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Imediatamente o ministro Menezes Direito pediu um aparte, que lhe foi concedido. O Ministro arrematou: “Excelência! Defensora sim, velha, jamais”<sup>27</sup>. Toda a Corte gargalhou.

A troca de amabilidades faz parte do jogo e da convivência. O Presidente da Suprema Corte norte-americana, Rehnquist, divulgou um memorando, em 09 de março de 1991, registrando:

Nino celebrará seu aniversário em 11 de março; deixe-nos ter nosso vinho usual na Sala de Jantar dos juízes na sexta, 15 de março, após a conferência<sup>28</sup>.

Apesar de todas as demonstrações de gentilezas, a Suprema Corte é como o Coliseu. Para não ser devorado, é necessário habilidade, astúcia, preparo e coragem. Não se trata de um parque de diversões. É um lugar onde reina o lema ‘amigos, amigos, convicções a parte’. Como bem advertiu o Ministro do STF, Dias Toffoli uma Suprema Corte, “não é um clube de amigos”<sup>29</sup>.

Não bastassem os bastidores, há ainda, no Brasil, a questão do telejornalismo das sessões. Não se tem notícia, nos últimos tempos, de impacto maior causado ao elo que deve haver entre sociedade e jurisdição constitucional do que os efeitos das transmissões, ao vivo, das sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal (STF).

Em 2 de agosto de 2002, sob o comando do ministro Marco Aurélio, a TV Justiça foi inaugurada. Uma TV transmitindo ao vivo, sem cortes, as sessões Plenárias do Tribunal. Sem censura. Todos os ministros mostrados à população para que ela própria fizesse seu juízo de valor. Uma nova fronteira.

Para os entusiastas, tem-se um verdadeiro controle externo da Corte, além de uma aproximação dos brasileiros à realidade jurídica até então afastada da rotina do cidadão comum. Para o ministro Ricardo Lewandowski, atual presidente do STF,

a transmissão ao vivo dos julgamentos é positiva, além do que causaria certa estranheza se decisões do porte das que o Supremo toma fossem elaboradas a portas fechadas<sup>30</sup>.

Mas não há unanimidade quanto às transmissões. Para os críticos, dá-se um tom espalhafatoso a algo que deveria ter tom sóbrio, além de abrir possibilidade de exposições excessivas do Tribunal, notadamente quando ocorrem discussões ásperas entre seus integrantes. Para o ministro Eros Grau, aposentado, “essa prática de telejornalismo das sessões é injustificável”, uma vez que “tem que se dar publicidade à decisão, não ao debate que pode ser envenenado de quando em quando”. “Acaba se transformando numa sessão de exibicionismo”<sup>31</sup> – afirma o Ministro Eros.

Nada obstante haja, como vimos, visões contrárias a respeito da utilização das transmissões ao vivo das sessões plenárias do STF, esta prática parece ser uma realidade da qual não é possível escapar. Ela veio para ficar e dificilmente seria possível suportar os custos políticos de lhe impor fim.

Entretanto, esse modelo encontra resistência em outros países, como é o caso dos Estados Unidos. Lá, esse debate tem ultrapassado décadas e, até agora, a Suprema Corte mostra uma recusa contumaz em permitir a transmissão ao vivo de suas sessões.

27 Consultando o acórdão da PSV 1 (DJe nº 59/2009), que aprovou a Súmula Vinculante 14, na página 12, há o comentário da Ministra Ellen. O aparte do Ministro Menezes Direito pode ser visto assistindo à sessão no youtube. Eu estava presente à sessão no dia da votação da mencionada Súmula Vinculante.

28 SCHWARTZ, Bernard. *Decision: How The Supreme Court Decides Cases*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 73.

29 TOFFOLI, Dias. Entrevista com Dias Toffoli, Ministro do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 20 fev. 2011. Entrevista concedida ao jornalista Rodrigo Haidar. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/entrevista-dias-toffoli-ministro-supremo-tribunal-federal>>. O Ministro afirmou: “Não que as pessoas não se deem bem, mas não é um clube de amigos. E é bom que não seja, porque a ideia é que a manifestação do tribunal corresponda ao somatório das visões e pré-compreensões de cada um de seus ministros”.

30 LEWANDOWSKI, Ricardo. Metas e estatísticas: justiça precisa saber como e aonde chegar. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 07 fev. 2010. Entrevista concedida à jornalista Aline Pinheiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardo-lewandowski-ministro-stf-tse>>.

31 GRAU, Eros. Lei da Ficha Limpa põe em risco o estado de direito. *O Estado de São Paulo*, 3 ago. 2010. Entrevista concedida aos jornalistas Fausto Macedo e Felipe Recondo.

Desde a era do inigualável Earl Warren (1953/1969) é assim. Vale lembrar um episódio folclórico, narrado por Bernard Schwartz, um grande conhecedor da intimidade da Suprema Corte norte-americana.

Fred W. Friendly, que acabara de assumir a prestigiosa posição de presidente da CBS News, fora apresentado a Warren em uma festa de confraternização, em 1964. Warren parabenizou Friendly pelo posto e este respondeu que “esperava que ainda estivesse na liderança da CBS News quando eles tivessem câmeras de televisão na lua e no piso da Suprema Corte”<sup>32</sup>. Earl Warren riu e lhe desejou boa sorte.

No ano seguinte, chegou à Suprema Corte um pedido da CBS para acompanhar os debates em casos sobre a constitucionalidade dos Atos de Direito Civil de 1964. Warren, negando o pedido, registrou:

a Corte tem tido uma regra inflexível no sentido de que não será permitida fotografias ou transmissões de televisão do Plenário quando ela está em sessão. A Corte não tem a intenções de alterar essa regra.

Essa manifestação demonstra a postura que a Suprema Corte dos Estados Unidos adota quanto ao televisual das sessões. Os juízes da Corte são intolerantes quanto à divulgação, ao vivo, para todo o país, de seus debates. Faz lembrar-nos do mistério que circunda o Vaticano, com a sua eleição papal repleta de simbolismos e solenidades.

E não é exagero falar do Vaticano quando estamos tratando de Suprema Corte. Basta lembrar o que disse o ministro Cezar Peluso, do STF, na despedida do então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza:

Os cardeais são soberanos para escolher o próximo papa. Se isso fosse aplicado no universo jurídico brasileiro, eu queria ter autoridade para lhe entregar uma cadeira agora nesta Corte<sup>33</sup>.

Mas saíamos do Vaticano e voltemos aos Estados Unidos.

O Presidente seguinte, Warren Burger (1969/1986), adotou postura semelhante. Quando lhe foi solicitado permissão para transmitir, ao vivo, a cobertura dos debates da Corte ele respondeu: “Não é possível organizar, para qualquer transmissora, qualquer procedimento na Suprema Corte”.

A famosa Corte Rehnquist (1986/2005) também se deparou com a questão. Os juízes já haviam negado a solicitação para transmissão da posse do Juiz Thomas, quando outra solicitação foi recusada pelo Presidente Rehnquist. Pretendia-se televisual sua própria investidura. Desde então, “a Corte tem recusado solicitações para fotografar a sala de cerimônias e a sala de conferência”<sup>34</sup>.

Bernard Schwartz diz ainda que o Tribunal recusou o pedido feito pela Revista Life e uma estação de TV de cobertura da cerimônia de cumprimentos realizada entre os juízes antes de se sentarem na bancada. Foi feito o mesmo quanto à solicitação para transmitir a posse dos juízes Anthony Kennedy e David Souter. Não foi permitida a transmissão, por uma estação de rádio, dos debates realizados, em 1988, no caso *Morrison v. Olson*. Sequer um pedido para colocar um equipamento de TV para demonstração no Plenário foi permitido<sup>35</sup>.

A relação entre a Suprema Corte dos Estados Unidos e a imprensa é, muitas vezes, conflituosa. Em 1979, foram publicadas informações contundentes quanto à Corte e, especialmente, quanto ao então Presidente Burger, pelos jornalistas Bob Woodward e Scott Armstrong, no bombástico best-seller *The Brethren*, que ganhou a tradução no nosso país de Torrieri Guimarães<sup>36</sup>.

32 SCHWARTZ, Bernard. *Decision: How The Supreme Court Decides Cases*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 71.

33 PELUSO, Cezar. Último ato: Antônio Fernando é homenageado pelo Supremo. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 25 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-25/antonio-fernando-souza-recebe-homenagem-despedida-supremo>>.

34 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 71.

35 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 71-72.

36 WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

A obra revelou detalhes da Corte e fez um retrato tão apurado da fragilidade de Burger que escancarou para o mundo os segredos de um local até então tido como indevassável e o quão fraco era o homem que chefiava essa importante instituição.

Burger virou um poço de mágoas. Rehnquist encaminhou um memorando aos outros juízes aduzindo ser imprudente para a Corte tomar qualquer medida a respeito da obra, “especialmente à luz do exame minucioso e microscópico que nossas ações estão aptas a receber por enquanto”<sup>37</sup>. Ficou por isso mesmo.

Em 12 de junho de 1987, a Suprema Corte dos Estados Unidos estava sob o comando de Rehnquist. Nessa ocasião ele narrou um episódio que marcou época. O Presidente da Corte iniciou seu memorando afirmando:

É com uma consideração infeliz que transmito a vocês o memorando incluso de Sheryl Farmer, Secretário da Casa Toni [Gabinete de Informação Pública da Corte] dando um resumo narrativo de um evento que ocorreu ontem à tarde na Sala de Conferências.

A Corte havia autorizado Tim O’Brien, da ABC News, a filmar a sala de conferência. Ocorre que O’Brien foi pego olhando para a lareira, inclinando-se para pegar folhas de papel e começando a olhar através delas.

Farmer, que presenciou a cena, disse:

imediatamente solicitei que ele colocasse-os de volta, alertando-o que ele estava lá como um convidado. Poucos minutos depois notei que ele estava manuseando, do começo ao fim, uma lista de algum tipo que não o lembrei de trazer para a Sala de Conferência. Eu notei que ele estava fazendo anotações, mas não pude determinar se elas eram da lista ou da filmagem. Quando o indaguei, ele disse que eram anotações da filmagem.

Rehnquist continuou:

a ‘lista’ que Tim O’Brien aparentemente havia puxado da lareira era um resumo de oito páginas de opiniões circulantes que eu distribuo cada semana – esta era de 20 de maio de 1987.

O Presidente finalizou seu memorando sentenciando:

Eu acho que Tim O’Brien, se ele fez o que aparenta ter feito, cometeu uma grande violação de conduta, no mínimo de cortesia e se não de ética, e que algo deve ser feito sobre isto<sup>38</sup>.

Rehnquist, em seguida, indagou aos demais juízes o que pensavam a respeito. Eles foram unânimes em reprovar a conduta do jornalista.

O ácido Antonin Scalia registrou: “Estou formalmente horrorizado — o que significa não necessariamente surpreso — pelo incidente que você descreveu”.

Sandra O’Connor afirmou que o incidente “simplesmente ilustrou novamente que os jornalistas terão suas informações onde quer que eles consigam achá-las”.

O juiz Thurgood Marshall comentou: “Este incidente reforça meu voto original para manter a imprensa fora da sala da conferência”.

Scalia finalizou suas colocações dizendo que “garotos serão sempre garotos”.

William Brennan afirmou que não achava que devessem negligenciar o incidente, mas, para ele, “além de tê-lo em discussão, estou perdido no que sugerir”.

Após colher as respostas de seus pares, o Presidente Rehnquist escreveu-lhes dizendo: “Estou confiante que tenho a autoridade de tomar medidas a meu modo”<sup>39</sup>.

37 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p.72.

38 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 72.

39 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 73.

Mesmo podendo responder sozinho acerca dos pedidos de transmissão das sessões que lhes eram endereçados semanalmente, o Presidente jamais agiu de sua maneira. Ele sempre buscou ouvir, antes, a opinião dos demais juízes. Isso porque, no comando de uma Suprema Corte, é sempre importante que o Presidente divida com seus pares as decisões que pretende tomar, ainda que isso não seja uma imposição regimental. Não se trata de regimento interno. Estamos falando de liderança.

Nesse episódio, O'Brien escreveu uma carta de desculpas a Rehnquist afirmando que "estava errado ao fazer aquilo" e que havia se arrependido profundamente<sup>40</sup>. O problema foi esquecido.

No Brasil, temos matérias de jornais e de revistas quase semanalmente estampando informações de bastidores do STF. Tudo revelado às claras. Matérias especiais em revistas rendem comentários no país. Notas em colunas de jornais provocam burburinho. Vídeos de discussões ásperas são disponibilizados no sítio *youtube*. Tudo à mão dos brasileiros para que possam formar suas opiniões quanto a essa importante instituição nacional que é o Supremo Tribunal Federal.

A exposição das ações da Corte possibilita uma fiscalização social muito maior, revestindo seus julgadores de um compromisso inafastável com suas posições diante dos delicados casos que lhes são levados a julgamento.

A transmissão das sessões dá aos debates do STF um eco muito maior do que eles teriam, se feitos a portas fechadas, pois possibilita que cada um daqueles que assistiu à sessão tenha para si que atuou, de alguma forma, no processo de interpretação constitucional, assumindo, aqui, um importante papel de cidadão constitucional.

O modelo norte-americano pode ser admirado, especialmente pela sua importância secular. Todavia, não podemos dizer que as transmissões das sessões do STF tenham diminuído a qualidade dos debates travados no Plenário ou desviado o foco das discussões para questões menores. Pelo contrário.

Por fim, quanto à magia da tribuna do STF, vale destacar que no mundo jurídico, não há palco maior. Na carreira de um advogado, difícil haver momento mais solene. O Supremo Tribunal Federal tem muito valor.

O STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, cabendo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição Federal. Ele é composto por onze Ministros, brasileiros natos, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

O Plenário, as Turmas e o Presidente são os órgãos do Tribunal. O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário, dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos. Cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros.

Sediado na capital federal, Brasília, desde 21 de abril de 1960, seu Edifício-Sede fica na Praça dos Três Poderes, numa obra do arquiteto Oscar Niemeyer, com projeto original de Lúcio Costa. Diante do Edifício-Sede, fica a estátua que personifica a Justiça, do escultor Alfredo Ceschiatti, em granito de Petrópolis e pedra monolítica.

O Plenário do STF funciona no Edifício-Sede. Destaca-se, ao fundo, o painel em mármore criado por Athos Bulcão. Nele estão afixados o Brasão de Armas Nacionais e a imagem de Cristo Crucificado, também feita por Alfredo Ceschiatti, com o madeiro confeccionado em pau-brasil.

O Presidente tem assento à mesa, na parte central, ficando, o Procurador-Geral da República, que representa o Ministério Público, à sua direita e, à sua esquerda, fica o Secretário das Sessões. Os demais Ministros se sentam, pela ordem decrescente de antiguidade, alternadamente, nos lugares laterais, a começar pela direita.

40 SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983. p. 73.

O chão é acarpetado. As cadeiras são confortáveis. Tudo em tons beges, quase areia. O ar condicionado às vezes deixa o ambiente muito frio. Se alguém dormir, um segurança tocar-lhe-á levemente o ombro, de forma muito discreta, e sugerirá que a pessoa lave o rosto no banheiro. Se o celular tocar, a abordagem é mais incisiva. É permitido o uso de *notebook*. O Plenário tem capacidade para 170 pessoas sentadas.

À frente do assento da Presidência, mais abaixo, uma mesa com cadeiras onde senhoras taquígrafavam os debates. Do outro lado, a tribuna, onde os advogados fazem as defesas orais de seus clientes. Mais acima, uma saída de som.

Cada ministro tem o seu *notebook*, microfones finos e um escaninho com livros. Em cinco pontos altos do Plenário há câmeras da TV Justiça registrando tudo o que acontece e transmitindo as sessões, ao vivo, para todo o Brasil.

Antes do ingresso dos ministros à sessão, tem-se o chamado “ritual da toga”, pelo qual os assistentes dos ministros os auxiliam a vestir a túnica preta, longa, sem mangas, de cetim, que oficialmente constitui o traje dos julgadores. Os ministros ficam parados, enquanto seus assistentes colocam a capa e dão um nó na parte de traz. Este nó não aparece, fica por baixo da toga. Enquanto isso, os ministros dão outro nó, na parte da frente. O nó da frente aparece, pois amarram dois longos cadarços do traje.

A sirene toca anunciando a entrada dos ministros ao Plenário. Todos os presentes devem ficar de pé. Surgem os ministros, ao fundo, atravessando uma porta de vidro colocada no canto esquerdo do ambiente. Onze integrantes da mais alta Corte de Justiça do país. Suas longas capas pretas conferem um caráter ainda mais solene ao momento. Para as sessões do Plenário, cada ministro conta com um assessor que usa uma capa preta menor, são os chamados “capinhas” (eles não gostam de ser chamados assim). São os mesmos que ajudam os ministros a vestirem as togas antes da sessão. Alguns ministros, quando entram, veem seus “capinhas” dirigirem-se, rapidamente, aos assentos, puxando-os para que os ministros possam sentar.

Na primeira fileira das cadeiras postas por trás da tribuna, sentam advogados famosos e alguns outros que querem ser vistos ao lado deles. Na segunda fileira, profissionais conferem as pautas dos processos que serão julgados naquele dia. Ali ficam, além de advogados privados, procuradores federais, advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e outros interessados.

As demais fileiras costumam ficar tomadas por estudantes de Direito de faculdades de vários locais do Brasil, que se deslocam para Brasília, semanalmente, com a finalidade de conhecer o Supremo. No começo da sessão o Presidente da Corte registra a presença dos estudantes e menciona o nome da faculdade. A meninada adora.

Alguns ministros, ao proferirem seus votos, muitas vezes se valem de citações em espanhol, inglês, alemão e francês.

Sempre as quartas e quintas-feiras, as defesas orais realizadas pelos advogados diante dos onze guardiões da Constituição Federal têm atraído a atenção de todo o país. Com transmissão ao vivo pelo TV e Rádio Justiça, o que deveria ser um ato de rotina se converte num importante espetáculo. O espetáculo da Justiça.

Não bastasse a transmissão, ao vivo, por TV e Rádio, as sustentações orais contam com *releases* feitos pela assessoria de comunicação do próprio Tribunal e disponibilizadas no *site* da Corte. Além disso, certamente estarão ocupando algumas cadeiras do Plenário, jornalistas dos mais importantes meios de comunicação do Brasil e, dependendo do julgamento, do mundo.

O primeiro obstáculo que o advogado encontra é um degrau escondido sobre o carpete claro sobre o piso. Logo que o ultrapassa, vê o fino microfone. Um pouco mais abaixo, há um pequeno espaço, semelhante a uma escrivaninha para que o patrono possa colocar suas anotações, os autos do processo, livros ou quaisquer outros materiais de suporte à sustentação. Há um copo com água.

À direita, cinco julgadores. À esquerda, outros cinco. O Presidente no meio. Ali é o espaço do advogado. É naquele ambiente onde as batidas do seu coração aceleram.



O tempo é curto. Não há prorrogação. São somente quinze minutos. O máximo que se faz é esticar um minuto. Depois, a palavra sofre sucessivas ameaças de corte. Se pensarmos bem, quinze minutos é tempo suficiente para fazer sacudir o país.

Pude conferir a beleza que a defesa oral revela quando exercida por bons advogados. Diante da tribuna da Corte vi advogados iniciantes triunfarem. Também presenciei juristas experimentados sucumbirem e tombarem diante da pressão que aquele momento impõe.

No Supremo, é a voz do advogado a última a gritar em favor do cidadão. Seu grito exulta a firme crença quanto ao fiel cumprimento da Constituição Federal.

É por isso que a tribuna tem tanto valor. Esse lugar solene exige o respeito e a consideração de quem dele faz uso. É ali, colocado à frente da tribuna, diante dos onze guardiões, onde o advogado vê pulsar o pulso da Justiça no Brasil.

Bastidores, televisionamento e a magia da tribuna. São essas as três bases mais íntimas da jurisdição constitucional brasileira exercida pelo STF.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. A corte do ministro: é possível identificar uma Corte Gilmar Mendes. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 23 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-23/antes-presidente-gilmar-mendes-influenciava-supremo>>. Acesso em: jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ellen Gracie assina transferência do mobiliário histórico do STF para o Rio de Janeiro*, 09 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67550&caixaBusca=N>>. Acesso em: jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 566819/RS*. Plenário. Recorrente: Jofran Embalagens Ltda Recorrido: União. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de setembro de 2010. Ver página 13 do acórdão.

CARVALHO, Luiz Maklouf. Data Venia: o Supremo. *Revista Pianí*, n. 47, ago. 2007.

FALCÃO, Joaquim. *O Judiciário segundo os brasileiros*. Disponível em: <[academico.direito-rio.fgv.br/.../O\\_Judiciario\\_segundo\\_os\\_brasileiros.doc](http://academico.direito-rio.fgv.br/.../O_Judiciario_segundo_os_brasileiros.doc)>. Acesso em: jan. 2011.

FALCÃO, Márcio. Ministros do Supremo aprovam indicação de Fux para 11ª vaga. *Folha Online*, 02 fev. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/869600-ministros-do-supremo-aprovam-indicacao-de-fux-para-11-vaga.shtml>>. Acesso em: jun. 2011.

GRAU, Eros. Julgamento do mensalão: Ministro Eros Grau, do Supremo, diz que não antecipou voto. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 27 ago. 2007. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-27/juiz\\_ao\\_direito\\_antecipar\\_voto\\_eros\\_grau](http://www.conjur.com.br/2007-ago-27/juiz_ao_direito_antecipar_voto_eros_grau)>. Acesso em: jun. 2011.

GRAU, Eros. Lei da Ficha Limpa põe em risco o estado de direito. *O Estado de São Paulo*, 3 ago. 2010. Entrevista concedida aos jornalistas Fausto Macedo e Felipe Recondo.

JARDIM, Lauro. Dilma afaga Temer. *Revista Veja*, 2011. Nota publicada na Coluna Radar. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/>>. Acesso em: jun. 2011.

JARDIM, Lauro. Judiciário: recepção a Fux. *Revista Veja*, 15 mar. 2011. Coluna Radar.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Metas e estatísticas: justiça precisa saber como e aonde chegar. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 07 fev. 2010. Entrevista concedida à jornalista Aline Pinheiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-07/entrevista-ricardo-lewandowski-ministro-stf-tse>>.

PELUSO, Cezar. Último ato: Antônio Fernando é homenageado pelo Supremo. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 25 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-25/antonio-fernando-souza-recebe-homenagem-despedida-supremo>>.

RONCAGLIA, Daniel. Choque de guardiões: Bate-boca em plenário revela mal-estar com Joaquim Barbosa. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 04 set. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-04/bate-boca\\_sessao\\_supremo\\_revela\\_mal-estar\\_jb](http://www.conjur.com.br/2008-set-04/bate-boca_sessao_supremo_revela_mal-estar_jb)>. Acesso em: jun 2011.

SCHWARTZ, Bernard. *Super Chief: Earl Warren and his Supreme Court: a judicial biography*. New York: New York University Press, 1983.

STRECK, Lênio. Justiça lotérica: ativismo judicial não é bom para a democracia. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 15 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: jun. 2011.

TOFFOLI, Dias. Entrevista com Dias Toffoli, Ministro do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 20 fev. 2011. Entrevista concedida ao jornalista Rodrigo Haidar. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-20/entrevista-dias-toffoli-ministro-supremo-tribunal-federal>>.

WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Direito processual de grupos  
sociais no Brasil: uma versão  
revista e atualizada das  
primeiras linhas**

**Procedural law of social groups  
in Brazil: a revised and updated  
version of the first lines**

Jefferson Carús Guedes

# Direito processual de grupos sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas\*

## Procedural law of social groups in Brazil: a revised and updated version of the first lines

Jefferson Carús Guedes\*\*

### RESUMO

Com caráter especulativo, o texto identifica a ampliação da tendência socializante do processo e seu alcance a outras áreas do direito material e do direito processual, para além do processual trabalhista e da seguridade social. Propõe nova forma de classificação dos ramos processuais não penais, em três áreas: os *Processos para defesa dos Interesses Públicos ou do Patrimônio Público*, os *Processo para defesa de interesses individuais privados* e o *Processo para defesa interesses individuais especiais*, sob a denominação de “Direito Processual Social”. Tal proposição decorre do exame da construção de leis especiais, principalmente a partir da década de 80, permitindo a formação de áreas especiais tal como o Direito Processual Previdenciário e Assistencial Social; Direito Processual do Consumidor; Direito Processual da Infância e Adolescência; Direito Processual dos Idosos; Direito Processual Acidentário e de Portadores de Deficiência.

**Palavras-chave:** Socialização do processo. Direito Processual Social. Defesa. Interesses individuais especiais. Acesso à justiça. Processo justo. Juizados especiais.

### ABSTRACT

In a speculative manner, the text identifies the extension of the trend of socializing process and its reach to other areas of substantive law and procedural law, beyond the procedural labor law and social security. It proposes new classifications for the non-criminal procedural branches of Law in three areas: Public Interest or Property Defense Procedural Law; Private Individual Interests Defense Procedural Law; Special Individual Interest Defense Procedural Law, under the denomination of “Social Procedural Law”. Such proposition comes from a examination of the formation of special areas in law such as: Social Security and Assistance Procedural Law; Consumer Procedural Law; Childhood and Adolescence Procedural Law; Elderly Procedural Law; Accident and Disability procedural Law.

**Keywords:** Socialization of procedural law. Social Procedural law. Special individual interests defense. Access to justice. Fair process. Special courts.

\* Recebido em 30/10/2014  
Aprovado em 25/02/2015

\*\* Professor da Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado do UniCEUB. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP). Advogado da União. E-mail: professor.carusguedes@gmail.com

## 1. OBSERVAÇÃO SOBRE A ATUALIZAÇÃO E INTRODUÇÃO

Passados oito anos da divulgação da versão original deste artigo, publicado em 2006 na *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 2, (México: UNAM) e na *Revista de Processo*, n. 142, (São Paulo: Revista dos Tribunais) surge a necessidade de atualizar alguns dados.

A motivação para a atualização e revisão se amplia pelo extenso debate atual sobre o ‘ativismo’ e o ‘garantismo’, sintetizado, no Brasil, no livro *‘Ativismo’ Judicial e o Garantismo Processual*, coordenado pelos professores Fredie Didier, José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy.<sup>1</sup> Nessa obra coletiva, foi incluído um outro artigo de nossa autoria que remete a este *Direito Processual Social* que a nosso ver se situa em posição intercalar, entre as duas ‘alternativas’ oferecidas no título do referido livro. O título do artigo publicado nessa obra coletiva em 2013 é *Direito Processual Social atual: entre o ‘ativismo’ judicial e o garantismo processual*.<sup>2</sup>

Deve-se destacar como introdução que não há, desde algumas décadas no Brasil, referência, em extensão e profundidade, a um dito *Sistema* ou *Direito Processual Social*, pelo menos do modo que se tentará identificar e apresentar neste estudo, aproveitando-se principalmente as proposições dos processualistas mexicanos, dentre os quais o professor José Ovalle Favela, que arrola dentro dessa área do processo o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Agrário e o Direito Processual da Seguridade Social.<sup>3</sup> O que se faz, desde então, ao propor a denominação desse ramo processual, é tomar por empréstimo parte da expressão mexicana, sabendo que a importação de ideias e classificações técnico-processuais possui inúmeros riscos de equívocos e de incongruências, mais ainda, quando essas ideias são construídas com base em interpretações de leis originadas em outros sistemas, não contrastadas com o sistema jurídico nacional. Essa advertência inicial poderia impedir o prosseguimento nessa curta especulação sobre a existência ou para a identificação de um *Direito Processual Social* (2008) ou agora *Direito Processual de Grupos Sociais* (2014).

As referências antes existentes eram esparsas e remotas, e estavam relacionadas especialmente ao Direito Processual do Trabalho, como direito instrumental ao Direito do Trabalho, também denominado Direito Social. Essas referências específicas ao Direito Social são encontráveis no período histórico de positivação dos direitos trabalhistas. Uma tal concepção inicial sofria visível restrição contextual, e pelas mesmas razões, se diferenciava do que se pretende expor neste estudo. O professor Cesarino Junior, desde a década de 1940, com seu magistério e as sucessivas edições da obra *Direito Social brasileiro*, estabeleceu conceito de Direito Social,<sup>4</sup> definindo-o como a área na qual estavam inseridos o *Direito Coletivo Social*, o *Direito Previdencial* e o *Direito Social Individual*, este subdividido em *Direito do Trabalho* e *Direito Assistencial*. Por conseguinte, poder-se-ia extrair dessa classificação as correspondentes áreas processuais, na medida em que se fossem formando.

Não se trata neste momento de afirmar o caráter social ou socializado do direito processual do trabalho e da seguridade social, mas apontar, ainda que de modo incipiente, a ampliação dessa tendência socializante do processo e seu alcance a outras áreas do direito material e do direito processual. Pelas observações iniciais, este trabalho segue por um caminho de risco, e ainda que não contenha em si grandes novidades, pode propor, ao fim, uma nova forma de classificar os ramos processuais. A proposição original e central é outra

1 DIDIER JR., Fredie et al.(Coord). *‘Ativismo’ judicial e o garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. O mesmo artigo está também publicado na Revista Brasileira de Direito Processual, n. 82, abr./jun. 2013.

2 A suposta posição espacial daquele Direito Processual Social (ou de certos grupos sociais) de estar ‘entre ‘ um e outro *modo de atuação judicial* ou em uma posição nitidamente ‘intercalar’, ‘interlocutória’, intermediária, traz inúmeras desvantagens teóricas para a sua definição.

3 *Teoria General del Proceso*, item n. 2.6, p. 62-70. SANTOS AZUELA, Héctor. La teoría general del proceso en el sistema del Derecho Procesal Social. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mexico (DF), v. 34, n.101, p. 567-588, may./ago. 2001. Disponible em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/101/art/art6.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2002.

4 CESARINO JUNIOR e Marly CARDONE conceituavam o Direito Social como “a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas físicas, dependentes do produto do seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfazerem as necessidades vitais e a ter acesso à propriedade privada”, *Direito Social*, v. I, item n. 1.16, p. 36-37. CESARINO JUNIOR, A. F.; CARDONE, Marly. *Direito social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. 1.

e está voltada ao exame da construção dessas leis e da legislação hoje vigente, para nela identificar, segundo critérios próprios da *Teoria do Processo* e de outras áreas congêneres ao Direito, critérios novos de classificação, bem como a validade e utilidades dessas novas categorias de direitos processuais.

Essa nova classificação posiciona o *Direito Processual de Grupos Sociais* (DPGS) entre dois grandes pilares ou forças, entre o público e o privado, entre a rua e a casa, entre o indisponível e o disponível, entre o Estado e a sociedade.

## 2. ESTÁGIOS EVOLUTIVOS RECENTES NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Sabe-se quão rápida tem sido a evolução da sociedade brasileira, sejam considerados os indicadores demográficos, os dados econômicos, os aspectos sociais, assim como as mudanças políticas acontecidas nas últimas cinco décadas do séc. XX e nas décadas iniciais do século XXI.

O direito material e o direito processual não estão imunes a essas mudanças e as alterações da vida social sofrem os mais diversos e numerosos reflexos, ora sob impacto que pode ser considerado de cunho ideológico pelas elites e por sua representação social, ora sob a forma de pressão direta da sociedade, com conteúdo ideológico às vezes inverso. Figuram como exemplos de um e de outro conjunto de forças certas normas especiais do sistema financeiro e a dos juizados especiais de ‘pequenas causas’, sucessivamente.<sup>5</sup> Válido então que se descrevam cronologicamente essas mudanças, para que se note a expressão e a profundidade delas.

### 2.1 Evolução do direito processual nas últimas décadas

Como mencionado, ainda que pesem as opiniões contrárias, foi rápida a evolução do direito processual que incorporou nas últimas décadas inovações significativas, desmistificadoras de alguns dogmas construídos ou incorporados pelo direito processual civil no Brasil.

Ainda na vigência do CPC de 1939, observou-se a incorporação de leis que podem ser apontadas como inversoras da visão individualista e liberal do processo, tal como Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introdutora de inúmeras modificações simplificadoras, que viriam sucessivamente a ser estendidas para outras áreas do processo.<sup>6</sup>

Em sentido paralelo, surgiu o Dec. 7.661/1945, que regrava o processo falimentar, a Lei de Assistência Judiciária Gratuita (Lei n. 1.060/1950), a qual ampliou o acesso ao Judiciário — sem o pagamento de custas, permitindo que os comprovadamente pobres pudessem ser desonerados dos riscos e encargos econômicos do processo —, seguida pela Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 1.533/1951), com procedimento especial, sumário e documental para defesa de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*. Já em outro plano, como forma de proteção aos interesses públicos, surge e a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965); no plano privado, no âmbito do direito de família, a Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/1968) e, no plano da defesa de interesses patrimoniais de instituições financeiras, o Decreto-lei com procedimento para reaver bens alienados fiduciariamente (Dec-lei n. 911/1969).<sup>7</sup>

5 Decreto 911/1969 e Lei n. 7.244/1984. A constatação da natureza ideológica da primeira norma foi apontada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira no texto Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMENTE, Ricardo (Coord). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992. v. 4, p. 181-187.

6 Essa observação não se opõe àquela que aponta as fragilidades técnico-doutrinárias da legislação processual trabalhista, especialmente aquelas relacionadas à linguagem e à necessidade da aplicação subsidiária do CPC, diante das omissões da CLT. Ver LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo civil no processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1983. p. 17-27.

7 Essa expansão dos procedimentos especiais, criados paralelamente ao CPC de 1939 (1939-1973) é notada também na vigência

Depois, já sob a vigência do CPC de 1973 (o Anteprojeto Buzaid foi publicado em 1964), houve sucessivas e significativas mudanças em leis especiais: Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980), Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984); com a edição da Lei n. 8.884/1994, criam-se novas formas de tutela e instrumentos processuais dirigidos à defesa da ordem econômica, e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), voltada à tutela do meio ambiente, interesses difusos e coletivos, também estendida à tutela da ordem econômica pela Lei n. 8.884/1994 (art. 88).

A Constituição Federal de 1988 introduziu institutos como o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo, destinados à tutela constitucional das liberdades, mas também assegurou extensa lista de direitos constitucionais processuais, como: o *contraditório*; a *ampla defesa*; o *devido processo*; o *duplo grau de jurisdição*; a *igualdade*; o *dever de motivar decisões*; a *proibição da prova ilícita*; a *inafastabilidade do controle judicial*; o *juiz natural*; a *publicidade*. Mais que isso, constitucionalizou a tutela jurisdicional coletiva (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral: art. 5º, inc. XXI, e art. 8º, inc. III); os juizados especiais (art. 24, inc. X, e art. 98, inc. I) e a ação civil pública (art. 129, inc. III).

A seguir, acresceram-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). Seguiu-se a década de 1990, com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995), Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), Lei do *Habeas Data* (Lei n. 9.507/1997), Lei da ADI e ADC (Lei n. 9.868/1999), Lei da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei n. 9.882/1999), Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001), o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), normas que, em maior ou menor extensão, introduzem ou alteram conceitos de direito processual, criando áreas específicas de proteção especial.

Mais recentemente a Lei dos Juizados da Fazenda Pública (Lei n. 12.153/2009), a nova Lei do CADE (Lei n. 11.529/2011), o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.228/2010), o Estatuto da Juventude (Lei n. 12.852/2013) que criam, recriam e expandem instrumentos processuais diferenciados que podem — em certos casos — se encaixar nessa categoria de *Direito Processual de Grupos Sociais*.

Não se pode também deixar de apontar que esse processo evolutivo tem suas razões políticas, sociais e ideológicas, além de uma conexão estreita com o estágio de desenvolvimento cultural da nação.

Para a avaliação das razões desse progresso legal, ter-se-ia de penetrar no exame de questões não jurídicas e propriamente ideológicas, como já notou a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira quando trata sobre:

[...] esse rápido bosquejo da legislação processual especial que se formou em nosso país após 1964, de modo bastante significativo em sua grande parte baixada por decretos-lei, em confronto com as normas comuns do processo civil brasileiro, impõe meditação aprofundada. O seu exame evidencia de que forma os grupos que empolgam o Poder se apropriam de instrumentos mais eficientes à satisfação de suas pretensões, relegando para segundo plano as aspirações da maior parte da população.<sup>8</sup>

Esse não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Na Argentina foi observado desenvolvimento equivalente, sempre associando às alterações nas regras processuais com as mudanças na sociedade; notou-se tendência de publicização do processo, valorização da oralidade, tendência de socialização do processo e a livre valorização da prova.<sup>9</sup> Também na doutrina portuguesa se observou o mesmo:

---

do CPC de 1973 (1974-2014), como forma de fuga de um procedimento padronizado que não atende a especificidades relacionadas a pessoas e bens envolvidos nos litígios. Ver: MARINONI, Luiz Guilherme *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.430-434.

8 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMENTE, Ricardo (Coord). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992. v. 4, p. 186. Associa essas mudanças ao período da ditadura militar no Brasil. Em obras mais extensas: PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992. E SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

9 NOGUEIRA, Carlos Alberto. Las transformaciones del proceso civil y la política procesal. In: BERIZONCE, Roberto O. et al. *La justicia entre dos épocas*. Buenos Aires: LEP, 1983. p. 15-56.

[...] no actual contexto e produção legislativa, surgem-nos quase diariamente novos processos suscitando uma ampliação diversificada de toda a realidade processual que urge conhecer a quem queira compreender, dentro dela, o próprio processo civil. Deve, aliás, notar-se que esta expansão da realidade que privilegia o aparecimento de novos processos ou a própria reforma de processos conservados, uns e outros diferentes dos civis, é, de algum modo, explicada não só por razões ideológicas próprias de uma produção legislativa tendente à consolidação do Poder instituído, como suscitada pelo amadurecimento social de novas relações conflituais.<sup>10</sup>

Na Espanha foi observado a mesma expansão associada a amplitude do direito privado, às modificações sociais, à desconfiança em relação ao procedimento ordinário, motivos considerados variados e heterogêneos, mas dissociados de componentes ideológicos.<sup>11</sup>

Todos esses autores, examinando realidades diferentes como a brasileira, a argentina e a portuguesa e espanhola, identificam fenômenos com conseqüências assemelhadas, nascidas da ampliação e especificação da conflituosidade social, presente em sociedades mais complexas, que influenciam o processo, enquanto produto cultural que resulta da vida social.

## 2.2. Processo civil e respostas às demandas sociais: a visão histórica da doutrina

Para a compreensão do fenômeno evolutivo do processo civil, é importante que se perpasse pela posição dos expoentes doutrinários que associaram o desenvolvimento histórico das regras processuais a fatores ou demandas sociais e também a fatores ideológicos.

Galeno Lacerda, processualista que se dedicou principalmente ao estudo do processo cautelar, não deixou de observar em mais de uma ocasião a vinculação do processo ao estágio cultural do país<sup>12</sup> e indicar que:

[...] uma das marcas mais características do Direito brasileiro, na atualidade, consiste na abertura para o social a partir da Constituição de 1988.

Esse autor aponta como razões da mudança as exigências da vida moderna, momento no qual os homens passaram a viver numa sociedade de massas que exigiram o rompimento das barreiras do conservadorismo jurídico representado pelo processo individualista.<sup>13</sup> Distingue como exemplos os dissídios coletivos e suas sentenças normativas no processo trabalhista desde a década de 1940; os efeitos erga omnes da sentença na ação popular e na ação civil pública; as ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; as ações coletivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e a extensão da legitimação para a proposição das ações de entes coletivos em defesa de seus associados ou filiados.

Ada Pellegrini Grinover, professora da USP dedicada tanto ao estudo do processo civil como penal, identificou entre os esforços dos processualistas:

[...] a transformação do processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético de atuação da Justiça e de garantia da liberdade; a partir desta visão externa, a percepção da necessidade da plena e total aderência do sistema processual à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é de servir de instrumento a efetiva realização dos direitos.<sup>14</sup>

Aponta ainda como iniciativa pioneira nessa tendência a adaptação do processo individual do trabalho, que rompeu o esquema tradicional do processo civil,

10 MARTINS, Soveral. *Processo e direito processual*. Coimbra: Centelha, 1985. v. 1. p. 11.

11 GONZALEZ GARCIA, Jesús María. *La proliferación de procesos civiles*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 88-93.

12 LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 2, n. 3, p.74-86, jan./jun. 1961.

13 LACERDA, Galeno. Eficácia da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais. In: CARVALHO, Carlos Henrique (Colab.). *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*: o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 173-182. p. 229-230.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 175-204. p. 178. Trabalho originalmente apresentado no VIII Congresso Internacional de Direito Processual, no ano de 1987.



[...] abrindo caminho para a socialização do processo, por força da atribuição de poderes de direção e controle mais amplos ao juiz, da adoção de uma concreta igualdade de partes (desde o acesso à Justiça até a paridade de armas dos litigantes, implementada pelo juiz) e do esforço em busca da conciliação, num exemplo marcante de transformação do processo, rumo a um grau mais elevado de deformalização, democratização e publicização.<sup>15</sup>

A autora destaca, ainda, as características do CPC de 1973 que se coadunam com essa tendência e especialmente os Juizados Especiais de Pequenas Causas, criados pela Lei n. 7.244/1984, caracterizados pelos critérios da oralidade, gratuidade, simplicidade e economia; com participação de juízes leigos, árbitros e conciliadores e o incentivo à conciliação.

Ovídio Baptista da Silva, processualista gaúcho, elogiado pela sua ousadia e originalidade, orientou toda a sua obra para uma crítica constante às estruturas do processo civil, influenciadas pelo racionalismo e incapazes de atender às demandas sociais, incompatíveis com o desenvolvimento da cultura e da história. Ao comentar a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei n. 7.284/1984), o autor enfrentou a maioria das objeções que contra ela se opunham, destacando o<sup>16</sup>:

acesso à justiça dos litigantes, evidentemente não apenas aqueles que o sentido da palavra carente costuma significar, indicando simplesmente os economicamente débeis, mas abrangendo todas as verdadeiras carências, enquanto efetiva e concreta desproporção de armas perante a pugna jurídica.

E acrescenta:

São notórias e antigas, aliás, as críticas que se fazem às formas tradicionais de positivismo legalistas, próprias da civilização burguesa liberal, produtoras de sistemas jurídicos que proclamam a defesa de liberdades e igualdades apenas abstratas e formais, enquanto permitem e protegem, na triste realidade social de todos os dias, as mais inomináveis desigualdades religiosas, econômicas, raciais e políticas, naturalmente refletidas numa tutela processual apenas formal e retórica, na medida em que aceleradamente, distancia-se da vida social real, presa que está a um universo conceitual de muito superado” [...] Ora, não é segredo para ninguém que nosso paradigmático e exacerbadamente lerdo processo ordinário é uma técnica eminentemente conservadora, na medida em que privilegia, em geral, a parte economicamente mais forte (Cappelletti, *Proceso, ideologias, sociedad*, pág. 276), capaz de resistir anos a fio a uma discussão sábia sem dúvida e instrutiva, mas de pouquíssimos resultados sociais visíveis.<sup>17</sup>

Criticava a incapacidade do processo em atender às demandas sociais, diante das deficiências técnicas dos instrumentos processuais utilizados, pois construídos sob influência ou hegemonia social de camadas liberais burguesas. Conclui, elogiando a lei das pequenas causas:

Podemos, portanto, resumir os propósitos fundamentais almejados pelo novo instituto, que agora se busca inserir no ordenamento jurídico-processual brasileiro, unindo-os nesse exclusivo objetivo: ampliação da base efetiva da tutela jurisdicional prometida e jamais outorgada pelos sistemas processuais clássicos.<sup>18</sup>

Arruda Alvim enfrentou o tema pioneiramente em artigo publicado na Revista de Processo n. 64, intitulado *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo*, texto refundido e ampliado no *Manual de Direito Processual Civil*, item n. 21-A, sob a denominação de *As tendências atuais do processo civil — A socialização do processo civil — A fase bodierna do processo civil brasileiro*.<sup>19</sup> O autor descreve as perplexidades a partir da identificação da convivência simultânea de dois sistemas, sendo um moderno e outro com

estrutura do que designamos de processo clássico, as funções desempenhadas, rigidamente separadas, de que se constitui um exemplo o vigente Código de Processo Civil, na sua estrutura originária. Há

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 175-204. p. 180.

16 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de pequenas causas*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. p. 19-21.

17 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de pequenas causas*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. p. 19-21.

18 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de pequenas causas*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. p. 21.

19 ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 217-246, out./dez. 1991.

pontos ou setores de estrangulamento que têm demandado alteração nesse sistema, porque deixou de atender às expectativas sociais.<sup>20</sup>

Os pontos de estrangulamento existentes no processo clássico foram destacados como: a) as custas judiciais; b) a inexistência das Cortes menores (Juizados Especiais) destinadas a facilitar o acesso à Justiça; c) a inabilitação ou incapacidade de uma das partes para defender-se; d) a definição de interesses difusos e coletivos capazes de serem utilmente defendidos; e) incentivo à transação como forma de atender a conflituosidade excessiva existente em relações duráveis e continuativas.

Disso decorre a incapacidade (insuficiência) de o processo clássico, individualista e com rígida divisão das funções (conhecimento, cautelar e executiva) atender satisfatoriamente às novas demandas e às alterações sofridas pela sociedade no período posterior às duas Grandes Guerras.

Cândido Dinamarco, profícuo pesquisador do processo civil, desde as suas proposições iniciais na década de 1980, vem orientado para a mudança na interpretação da função do processo, visto por ele como instrumento técnico objetivando, o atendimento dos fins (escopos) sociais. Na obra *A instrumentalidade do processo* arrola os escopos da jurisdição e do processo, como o jurídico, o político e o social, este voltado a eliminar conflitos com critérios justos, com adaptação das técnicas processuais que se vão

agitando nos últimos tempos, com vistas a adaptar-se às exigências sociais e políticas que atuam sobre o sistema processual e lhe cobram o cumprimento de seu compromisso com o Estado e com a própria sociedade<sup>21</sup>

E acrescenta:

E assim é que ao lado das disposições tradicionais do direito processual civil e mesmo na sua interpretação teleológica, vão surgindo soluções reveladoras de uma sensibilidade social antes inexistente. [...] São institutos simplificadores, para a brevidade dos juízos e maior participação dos juizes e das próprias partes, tudo visando a formar uma maior convicção mais aderente à realidade social dos conflitos e conduzir à pronta pacificação indispensável à legitimação social do próprio sistema. [...] A aproximação da justiça à população, feita sem os intuitos demagógicos e corporativistas denunciados quanto a uma conhecida tentativa europeia recente, é um dos pontos cardeais de uma ‘nova política judiciária’ compatível com as exigências do tempo e com a visão pluralista dos objetivos do processo.<sup>22</sup>

Barbosa Moreira tem dedicado boa parte de sua obra para a reflexão comparatista,<sup>23</sup> e o faz levando às outras nações a experiência que se tem produzido no Brasil, nas últimas décadas, mas também trazendo de outros a experiência para neste estudo confrontá-la à nossa. Ao apontar “Os novos rumos do processo civil brasileiro”, no ano de 1994, descreve sinteticamente a evolução do processo civil, que só,

pouco a pouco, foi-se tomando consciência mais clara da ligação entre problemas processuais e as mil condicionantes políticas, sociais, econômicas, do contexto histórico em que a atividade judicial é convocada a exercer-se.<sup>24</sup>

Mas com acuidade identificava que:

nenhum observador isento deixará de reconhecer a fina sensibilidade da moderna ciência do processual brasileira aos valores sociais. A temática da proteção jurisdicional dos interesses supra-individuais, v.g., produziu entre nós acervo quicá tão abundante — se bem que de qualidade muito variada — quanto em países de mais ricas tradições culturais e jurídicas. Nessa e em outras áreas, mostra-se a doutrina, em

20 ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 78.

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 226.

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 227.

23 Sua obra extensa tem notoriedade desde o clássico *Novo Processo Civil brasileiro* (22. ed., 2005) e, especialmente, nos *Comentários do CPC*, v. VIII (Recursos), além dos *Temas de direito processual*, séries 1. a 8., obra que reúne artigos avulsos, conferências, comentários etc. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: sexta serie. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 193-208.

24 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: sexta serie. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 193-208. p. 195.

geral, consciente de utilizar os instrumentos do nosso ofício para melhor ajustar às realidades e carências da hora a maneira por que funciona a máquina judiciária.<sup>25</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra que sintetiza mais de dez anos de pesquisa sobre o controle das decisões judiciais, manifesta já na introdução a tendência evolutiva do direito, que se reflete no processo e no modo de decidir dos juízes, no qual observa que o “Estado meramente espectador vem passando a ser Estado preocupado com as demandas sociais”. Nesse momento histórico ocorre uma dita “revolução de valores” em que camadas antes marginalizadas passam a ocupar os “centros de decisão”.<sup>26</sup> Essa afirmação coincide com a expansão do direito processual de grupos sociais.

Luiz Guilherme Marinoni em sua *Teoria Geral do Processo* identifica uma nova concepção do direito de ação surgida

não apenas porque se percebeu que o exercício da ação poderia ser comprometido por obstáculos sociais e econômicos, mas também porque se tomou consciência de que os direitos voltados a garantir uma nova forma de sociedade, identificados nas Constituições modernas, apenas poderiam ser concretizados se garantido um real — e não ilusório — acesso à justiça.<sup>27</sup>

Em todos se nota a consciência de que o direito processual, enquanto técnica e método, modifica-se ao sabor das influências culturais, políticas, econômicas e até ideológicas para atender a demandas de grupos sociais por seus direitos e por justiça.

Uma nova geração de processualistas vem identificando novas e mais profundas mudanças no processo civil, agora marcado mais profundamente pelas influências constitucionais e pela aplicação mais ampla de princípios. Pode-se destacar dentre esses Fredie Didier Junior,<sup>28</sup> Eduardo Cambi,<sup>29</sup> Daniel Mitidiero,<sup>30</sup> Antonio do Passo Cabral.

### 3. TEORIA DO PROCESSO E TEORIA DOS PROCEDIMENTOS

A observação de Eduardo J. Couture transcrita abaixo permite que se insista na possibilidade do estudo de uma ciência processual com núcleo comum, sem comprometimento com a existência ou não de uma teoria geral, pois

a ciência do processo não tem como objeto de conhecimento somente os atos processuais: as petições, as provas, as apelações, as execuções, as formas e os prazos. Essa concepção errônea fez o filósofo pensar que sobre essa base não se pode construir uma ciência de conhecimento do real com validade universal. A ciência do processo se assenta sobre substâncias menos frágeis. É provável que, mediante um esforço de abstração, seja possível assinalar algumas proposições sobre a própria essência do processo, não sobre a sua exterioridade. Essas proposições devem estabelecer a ligação do processo com o direito.<sup>31</sup>

A Teoria Geral do Processo, desde sua formulação original, sofreu críticas corrosivas, sendo mais contundente a que previa para cada ramo do processo uma própria teoria, em razão dos seus princípios individuais

25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: sexta serie. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 193-208. p. 202-203.

26 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 22-23.

27 MARINONI, Luiz Guilherme *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 188-189.

28 DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 427-439.

29 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

30 MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 63-102.

31 Couture, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1976. p. 484.

e de sua evolução específica. Ainda assim, não se impediu o desenvolvimento de uma proposta de teoria geral, amparado na busca de identidade de princípios gerais do processo e na indivisibilidade da jurisdição.

Como sintetiza Cândido Dinamarco:

Reconhece-se, em resumo, que existe muito em comum entre os diversos ramos processuais e que as peculiaridades de cada um não são suficientes a impedir ou a tornar menos frutífero o exame global dos grandes princípios, dos institutos fundamentais e do método comum – tudo num plano de plena aplicação a todos eles.<sup>32</sup>

Há processualistas civis e penais que admitem<sup>33</sup> e outros que não admitem<sup>34</sup> a viabilidade dessa Teoria Geral do Processo ou a preservação do processo em unidade, partindo principalmente da insustentabilidade do conceito de lide no processo penal. Excluído o direito processual penal, restringindo-se o olhar à jurisdição civil, em toda a sua amplitude — ou mais adequadamente à jurisdição não penal — pode-se, então, encontrar outros meios ou critérios de classificação dos processos, sem os percalços e vicissitudes inevitáveis na construção de uma teoria geral.

No campo não penal a identidade entre os ramos é maior, mesmo quando novas técnicas, novos processos ou novos procedimentos especiais surgem ou quando se amplia a tendência à diferenciação da tutela dos direitos em cada um desses ramos.<sup>35</sup>

Há fenômenos contemporâneos que devem ser observados: o rompimento da noção de ação abstrata única, a multiplicação das variantes processuais, identificadas com as ramificações do direito material; a tutela adequada e diferenciada e, também, uma expansão da quantidade de procedimentos especiais não codificados. Observando-se essa tendência, é possível constatar hoje no Brasil normas e doutrina em direito processual constitucional, direito processual tributário, direito processual agrário, direito processual ambiental etc. Rompe-se definitivamente a ideia transitória de que um procedimento único e geral poderia atender a especificidade de toda e qualquer pretensão material; ideia associada à tentativa de universalização do procedimento comum ordinário, enquanto meio técnico eficaz para a condução (satisfação) de todo e qualquer interesse em juízo.

Em parte essa multiplicação procedimental decorre de uma generalizada insatisfação com os procedimentos tradicionais (no Brasil o procedimento comum ordinário do CPC) e, de outro, pela necessidade de criação de procedimentos especiais dirigidos a causas com interesse ou relevância social, como apontaram Mauro Cappelletti e Brian Garth na obra *Acesso à Justiça*.<sup>36</sup> Esses autores denominam essa última tendência como *desvio especializado* que, ao lado dos novos tribunais voltados às causas especiais, são técnicas para escapar aos tribunais e juízos tradicionais. Apontam a notória outorga de direitos substantivos a grupos ou indivíduos considerados ‘fracos’ e à inadequação inclusive dos sistemas de litigação coletiva, marcados pela complexidade e pelo estigma adversarial ou do contraditório. E avançam para propor que

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1. p. 51.

33 Admitem a existência da *Teoria Geral do Processo*, partindo de premissas de que “é uma a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual, como sistema de princípios e normas para o exercício da jurisdição CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 48. Ou como um “conjunto de conceitos sistematizados (organizados) que serve aos juristas como instrumento de conhecer os diferentes ramos do direito processual” Rocha, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.18.

34 Tal resistência decorre, segundo autores como Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Gomes diferenciação na evolução da ciência, com consequente autonomia das áreas; b) a unidade é indiscutível, mas suas manifestações e modos de desenvolvimento correspondem a mesma diversidade dos objetos a que se referem; c) os conceitos fundamentais – exemplo – a possibilidade jurídica do pedido para o processo civil e penal não são conceitos idênticos. Silva, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38. E em Rogério Lauria Tucci: a) o processo penal não objetiva remover desacordo entre acusador e acusado; b) objetivo da ação estatal (pena) não poderia ser alcançado pelo contrato; c) revogabilidade do ato decisório; d) exigência de contraditório real; e) no processo penal não preexiste lide (lide material). TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34.

35 MARINONI, Luiz Guilherme *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 459-475.

36 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 90-94.

a preocupação fundamental é, cada vez mais, com a ‘justiça social’, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção das pessoas comuns.<sup>37</sup>

E mais, cresce a exigência de tutela jurisdicional dos direitos ou tutela diferenciada a cada posição do direito material, considerada a *tutela jurisdicional* como o

resultado final do exercício da jurisdição em favor de quem tem razão (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano do direito material.<sup>38</sup>

Pode-se então identificar, dentro dessa extensa lista de novas áreas ou ramos do direito processual (aplicado) na jurisdição não penal, grupos de processos com características comuns, identificáveis nesses agrupamentos, como forma ou critério metodológico de classificação interna dessas variantes.

Os autores brasileiros, a par de já identificarem a multiplicidade de áreas específicas do processo, relutam em formular ou reformular uma teoria (geral) que tenha caráter transversal, traspassando todas as novas áreas do direito processual. Por outro lado, autores, como o uruguaio Barrios de Angelis, propõe a ampliação da teoria geral para nela incluir o processo administrativo, trabalhista, aduaneiro e Ovalle Favela, mexicano, que mais amplamente subdivide as áreas em direito processual dispositivo (civil e mercantil), direito processual publicístico (penal, administrativo, familiar, constitucional e eleitoral) e direito processual social (trabalho, agrário e da seguridade social).

No Brasil Fredie Didier Jr. faz a mais expressiva proposição de criação de uma nova TGP em vista de mudanças como a força normativa da Constituição, a expansão e consagração dos Direitos Fundamentais e a expansão da jurisdição constitucional. Destaca outras razões mais expressivas como a ampliação da Teoria das Fontes e a adoção de técnicas como precedentes e cláusulas gerais que repercutem severamente sobre os ramos processuais.<sup>39</sup>

#### 4. CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DOS PROCESSOS NA JURISDIÇÃO NÃO PENAL

Com a expansão da jurisdição civil ou, mais precisamente, com a expansão da jurisdição não penal somaram-se novos ramos à divisão clássica do direito processual, que inicialmente identificava, como ramos da Teoria Geral do Processo, apenas o processo civil e o processo do trabalho. A exclusão do direito processual penal do espectro de reflexão contido neste estudo preliminar se deve às razões apontadas no item n. 3, que se interpõem como obstáculos à identidade das duas grandes áreas originais do processo (civil e penal).<sup>40</sup>

No Brasil o Direito Processual Civil serve de instrumento ao exercício da jurisdição civil, seja a exclusivamente privada (civil e comercial), como também a pública (constitucional, administrativa, tributária etc.). Essa amplitude se deve à opção do legislador, em não editar códigos de processo em áreas como, administrativa, tributária e outras.

Como forma classificatória dos demais ramos, optou-se por uma divisão que inclui três categorias: a) Processo para defesa dos Interesses Públicos ou do Patrimônio Público; b) Processo para defesa de interesses individuais privados e; c) Processos para defesa de interesses individuais privados de grupos especiais (Direito Processual de Grupos Sociais).

37 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 93.

38 YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 28. Em sentido similar vejam-se também: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 51-64; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-102.

39 DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 126-133.

40 Visto o *Direito Processual Penal* como o complexo de princípios e normas que regulam o exercício da jurisdição penal e a atividade de perseguição criminal exercidas pela Polícia Judiciária, não há incluí-lo na mesma categoria da jurisdição não penal.

A utilidade dessas classificações pode ser didática, e não é raro que se duvide da autonomia de cada uma das possíveis divisões dos ramos do processo afeto à jurisdição não penal. Qualquer um desses obstáculos não invalida essa classificação, na medida em que se possam conjugar os grupos, por possuírem princípios próprios e comuns, mesmo quando não se encontra em tais disciplinas a autonomia legislativa ou ainda só exista uma incipiente construção doutrinária autônoma.

A seguir far-se-á uma descrição individuada de cada um desses agrupamentos.

#### 4.1. Processo para defesa dos interesses públicos ou do patrimônio público

Como mencionado, o Direito Processual Civil serve de instrumento ao exercício da jurisdição civil em toda a sua extensão, seja para defesa do patrimônio do Estado, seja para defesa de interesses gerais, neles incluídos o ramo constitucional, o administrativo, o tributário etc. Contudo, tem-se nesse ramo do direito processual uma postura diferenciada para aplicação das regras processuais; orienta-se por princípios influenciados pelo direito público e a atuação das partes e do juiz sofre influência da natureza dos direitos litigados.

Incluem-se nessa categoria o Direito Processual Constitucional, o Direito Processual Administrativo (Direito Processual Público), o Direito Processual Tributário, o Direito Processual Eleitoral e o Direito Processual Ambiental.<sup>41</sup>

O critério ou os critérios que permitiram a reunião nessa área de disciplinas que podem ser consideradas tão díspares é o da proximidade delas ao interesse público, considerado em suas duas vertentes, como interesse público primário e interesse público secundário: o primeiro, como os interesses gerais e prevalentes de uma sociedade e os segundos, como o interesse específico dos sujeitos administrativos. Segundo esse critério, serviriam à defesa de interesses públicos primários o *Direito Processual Constitucional*, o *Direito Processual Administrativo* (Direito Processual Público) e o *Direito Processual Tributário*, o *Direito Processual Eleitoral* e o *Direito Processual Ambiental*, enquanto defenderiam interesses públicos secundários. Caracteriza-se pela quase completa indisponibilidade do direito material e processual, com pequenos espaços de transigibilidade regrada.<sup>42</sup>

Nesta área, têm aplicação ampla os princípios constitucionais da inafastabilidade, igualdade formal, proibição das provas ilícitas, devido processo, dever de fundamentar, publicidade e duplo grau. Esses ramos podem produzir decisões individuais, mas também de alcance geral (ultrapartes), como no Direito Processual Constitucional, visto também como um processo coletivo especial.<sup>43</sup>

##### 4.1.1. Direito Processual Constitucional

Nelson Nery Jr. afirma que *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual* não são ramos novos do direito processual, sendo ambos parte da *jurisdição constitucional*. Contudo, adverte que não se pode confundir o *Direito Processual Constitucional*, visto como a “reunião de princípios para o fim de regular a jurisdição constitucional,” com *Direito Constitucional Processual*, este último como conjunto de normas de Direito Processual presentes na Constituição.<sup>44</sup>

41 Ainda, se possível fosse a conformação autônoma, seria aqui incluído o *Direito Processual Concorrencial* ou *Econômico*.

42 Ver, neste sentido: GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da fazenda pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de estado: questões institucionais para a construção de um estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243-271.

43 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 157-262.

44 NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 15-16. Diversa é a proposição classificatória de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, amparada nos estudos de Héctor Fix-Zamudio, posta em dois diferentes trabalhos: El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autônoma, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Anuario 2006, Tomo I, p. 353. FERRER MAC-GREGOR Eduardo. El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica

Se são efetivamente disciplinas distintas, fica claro que são dependentes entre si, e que se reportam no conjunto à Justiça Constitucional, mas afetas uma e outra, a procedimentos que podem ser absolutamente diversos; que podem ser privados em um e públicos em outro; que podem ser de repercussão geral em um e estritamente individual em outro.

Exemplos do *Direito Processual Constitucional* são os procedimentos especiais reunidos em duas categorias: a) a *primeira* referente às ações como o Mandado de Segurança, o *Habeas Data*, Mandado de Injunção, Ação Popular, Reclamação Constitucional e, b) a *segunda*, relacionada ao controle da constitucionalidade, tendo como instrumentos a Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação e por omissão e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (Lei n. 9.868/1999), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei n. 9.882/1999). Em síntese, a jurisdição constitucional.

Guiam-se, de modo amplo, pelos princípios constitucionais gerais do processo: o contraditório; a ampla defesa; o devido processo; o duplo grau de jurisdição; a igualdade; o dever de motivar decisões; a proibição da prova ilícita; a inafastabilidade do controle judicial; o juiz natural; a publicidade. As ações relacionadas ao controle da constitucionalidade possuem regras especiais que os atenuam ou diferenciam, assim como as especiais de competência, de legitimação especial, efeitos das decisões, de recursos e de prazos etc. associadas à necessidade de objetivação do processo e ao alcance que deve ter a decisão. Em muitos casos são procedimentos de legitimação especial e restrita a certos sujeitos processuais muito próprios.

#### **4.1.2. Direito Processual Administrativo (Direito Processual Público)**

O *Direito Processual Administrativo* ou *Direito Processual Público*<sup>45</sup> é a

[...] parte do Direito Processual, [...] em que o Direito Público é o direito material envolvido, donde a redução do campo temático pela aposição do termo ‘Público’, de modo a estabelecer uma distinção em relação ao Direito Processual Civil.<sup>46</sup>

Para o efeito que se pretende com essa divisão, não está inserido nessa categoria todo o espectro de direitos considerados públicos, notadamente aqueles que se inserem em uma das demais classificações de direitos processuais de interesse público ou do patrimônio público. Também está excluído o *Processo Administrativo* em sua concepção não jurisdicional, passível de revisão pelo Poder Judiciário, como os demais exemplos citados.

O DPA orienta-se pelos princípios constitucionais do processo, com certa mitigação da igualdade e preservação de algumas prerrogativas em favor da Fazenda Pública e guiado pela busca da ‘verdade real’, com concessão de poderes instrutórios mais amplos ao juiz e aumento de seus poderes de direção do processo. Há, contudo, algumas matérias que envolvem Administração que ficam excluídas, por razões especiais, dessa força hegemônica que pode possuir a Administração em algumas situações processuais.<sup>47</sup>

Para o exercício desse direito utiliza o instrumento geral da jurisdição civil, o CPC, mas se complementa de regras processuais especiais como: Decreto-lei n. 3.365/1941, que regula a desapropriação; a Lei da

---

autônoma. In: ANUARIO de Derecho Constitucional Latinoamericano: 2006. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2006. t. 2. p. 353-376. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.1/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2015. E Las garantías constitucionales del proceso y el Derecho Constitucional Procesal, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, item IV, p. 133-137. FERRER MAC-GREGOR Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso y el Derecho Constitucional Procesal. In: FERRER MAC-GREGOR Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Barcelona: Marcial Pons, 2013. (Proceso Y Derecho) p. 133-137. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3384/10.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

45 A expressão poderá se criticada porquanto se argumente que todo o direito processual é público, embora aqui se refira ao direito material em disputa.

46 SUNDFELD, Carlos Ari. O direito processual e o direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 15-30. p. 17.

47 São exemplos as matérias Previdenciária, Assistencial ou Acidentária, quando tramitam em Juizados Especiais ou com competência delegada (acidentária), situações nas quais os privilégios processuais de entidades públicas são minorados ou desaparecem, nas quais se admite a possibilidade de transação regrada, são mitigados os meios recursais ou as ações impugnativas autônomas, entre outras alterações compensatórias.

Ação Popular (Lei n. 4.717/1965); Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), leis sobre desapropriações, como a Lei Complementar n. 76/1993, lei sobre concessão e permissão da prestação de serviços públicos, Lei n. 8.987/1995, nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), dentre outras tantas. Entre os procedimentos mais poderosos de defesa estatal, integrantes do DPAD, está a Suspensão de Segurança (Lei n. 8.437/1992 e Medida Provisória n. 2.180-35/2001), que mitiga drasticamente os direitos processuais daqueles que litigam e obtém medidas urgentes contra a Administração.<sup>48</sup>

#### **4.1.3. Direito Processual Tributário**

O *Direito Processual Tributário* ou “o processo judicial tributário constitui a soma de princípio ‘que vivificam o sentido e a função desempenhada pelos institutos jurídicos em nosso sistema jurídico’, especificamente na relação fisco/contribuente e contribuinte/fisco”.<sup>49</sup>

Como regras especiais que dão conformação a esse ramo do direito processual se podem arrolar aquelas relacionadas à execução fiscal (Lei n. 6.830/1980), de um lado, e por outro, os procedimentos antiexacionais de defesa do contribuinte, defensivas, corretivas e reparadoras, como a ação anulatória de débito fiscal (art. 151, inc. V, do CTN). A nova Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009) também é utilizada para fins defensivos contra atos da administração tributária.

Guia-se o DPT pelos princípios constitucionais processuais e por princípios gerais processuais cogentes, além de princípios específicos, como o princípio da proteção ao executado e da inexistência da execução sem o título. São exemplos de procedimentos Mandado de segurança individual e coletivo em matéria tributária, Ação de repetição e indébito tributário, Execução fiscal e embargos do executado, cautelares fiscais etc.

#### **4.1.4. Direito Processual Eleitoral**

O *Direito Processual Eleitoral* é o conjunto de normas processuais utilizadas em decorrência das demandas eleitorais e para a efetivação do direito material eleitoral, relacionado, portanto, com a eleição e com a candidatura ou a um mandato eleitoral público. Enquanto campo especial do processo, tem extensão menor que os demais ramos arrolados, embora preserve peculiaridades que se acentuam pela especialidade da justiça que o aplica, organizada desde o 1o Grau de jurisdição, em paralelo à justiça comum, seguida de Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral.

Configura-se o *DPE* por um conjunto de leis com regras materiais e processuais: Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965), Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 5.682/1971), Lei Complementar n. 64/1990, leis sobre eleições (Lei n. 9.100/1995, Lei n. 9.504/1997), regras que se valem apenas subsidiariamente do Código de Processo Civil.

Podem ser indicadas como regras especiais as que determinam como legitimados ativos os Partidos Políticos e Coligações, o Ministério Público Eleitoral e os próprios candidatos; como princípios, identificam-se a celeridade resultante da exiguidade de prazos, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, os poderes de requisição de provas (art. 5o, §3o, 4o e 5o, LC 64/1990) e certo poder normativo regulamentar atribuído à Justiça Eleitoral.

Dentre os procedimentos que dão contornos especiais a essa área do direito processual, está a Ação de Reclamação por Propaganda Irregular (Lei n. 9.054/1997), Ação de Investigação Judicial Eleitoral (LC n. 64/1990),

48 Este instrumento de defesa estatal, capaz de desequilibrar as relações processuais em que litigue o Estado (Entes federados e seus demais entes administrativos), permite que a defesa ultrapasse o plano exclusivamente jurídico, ingressando em questões econômicas, sociais e políticas, por meio incidental, interposto paralelamente a recursos, dirigido diretamente aos presidentes de tribunais (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) e visando à obtenção de liminares suspensivas das ordens judiciais de órgãos inferiores.

49 CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 223.



Ação de Reclamação por Captação Irregular de Sufrágio (Lei n. 9.054/1997), Ação de Reclamação por Arrecadação e Gastos Ilícitos (Lei n. 9.054/1997, art. 30-A), Ação de Reclamação das Condutas Vedadas dos Agentes Públicos em Campanhas (Lei n. 9.054/1997, art. 30-A), Ação de Reclamação às Doações Irregulares aos Comitês Eleitorais (Lei n. 9.054/1997, art. 30-A), Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (CF e LC n. 64/1990), Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (LC n. 64/1990), Ação de Impugnação de Diplomação.

#### **4.1.5. Direito Processual Ambiental**

A CF de 1988 estabelece, no art. 170, inc. VI, a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica, nele compreendido, o meio ambiente natural, o artificial, o cultural, o do trabalho e o meio ambiente genético.

A proteção processual dos direitos ambientais, veiculada pelo Direito Processual Ambiental se orienta por regras especiais de legitimação ativa e passiva, regras especiais recursais, amplitude do poder geral de cautela e a viabilidade mais larga da tutela de urgência e outras em face da ameaça ou lesão ao direito protegido e, ainda, regras especiais de competência.<sup>50</sup> Não existe restrição a um instrumento processual para a defesa do meio ambiente, mas a ação civil pública se tem revelado dos meios mais adequados e eficazes para a defesa dos interesses e direitos relacionados a essa área.

Orienta-se o direito processual ambiental por princípios próprios, influenciados pelo direito material ambiental, com regras próprias de legitimação especial, princípio de proteção da verossimilhança como meio de prevenção da lesão, distribuição compensatória ou inversão do ônus da prova, princípio da prevenção. À exceção da ação civil pública (ACP), inexistem procedimentos especiais novos ou específicos para a defesa ambiental, estimulando a concessão de tutelas especiais na ACP ou em demandas que seguem o procedimento comum, considerado inadequado às peculiaridades do direito material.<sup>51</sup> Dentre as técnicas processuais adequadas à defesa ambiental, são indicadas a antecipação da tutela, multa, execução direta, execução específica, ressarcimentos, compensações, indenizações.

#### **4.2. Processo para defesa de interesses individuais privados**

Essa é a área do direito processual que serviu de nascedouro das demais áreas do processo e é nela que se encontrarão as raízes, as marcas iniciais e os desdobramentos para as demais áreas processuais.

Caracteriza-se esse grande ramo pela disponibilidade dos interesses materiais nele litigados, que influenciam as leis de processo, trazendo a elas uma maior disponibilidade das regras, desde a demanda, o impulso oficial, a iniciativa probatória, a amplitude do objeto de prova, as regras e a extensão dos recursos.

Segue princípios constitucionais gerais do processo, tal como o contraditório; a ampla defesa; o devido processo; o duplo grau de jurisdição; a isonomia; o dever de motivar decisões; a proibição da prova ilícita; a inafastabilidade do controle judicial; o juiz natural; a publicidade, mas tem regras próprias que atenuam esses princípios ao permitir, por exemplo, a arbitragem privada, mitigando a regra da inafastabilidade da jurisdição. São ramos o Direito Processual Civil e o Direito Processual Comercial ou Empresarial.<sup>52</sup>

50 Ver a respeito obras específicas de FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004; e TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

51 Luciane Gonçalves Tessler, após apontar a inidoneidade do processo civil clássico para a tutela ambiental, destaca as técnicas efetivas e o processo coletivo como meios hábeis a essa espécie de direito material, indicados no próprio título da obra *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica*, Parte II, itens 1-3. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155-382.

52 É possível que se classifique parte dessas áreas do processo como um “direito processual inquisitório”, em oposição ao “direito processual dispositivo”, considerando-se a cogência ou o caráter impositivo das regras processuais.

### 4.2.1. Direito Processual Civil

O *Direito Processual Civil* restará ao fim deste estudo como o ramo do direito processual que reúne os princípios e as normas reguladoras da jurisdição civil em seu sentido estrito, dele excluídos todos os demais ramos da jurisdição não penal. Sua amplitude, seguido este raciocínio, é residual, mas incorpora as áreas que não adquiriram ainda ‘autonomia’ como o processo de sucessões, processo de parte da propriedade e posse de bens privados, o processo relacionado a contratos e obrigações e outros.

O DPC segue princípios constitucionais gerais do processo, com atenuação de certos princípios publicísticos, ora prestigiando a arbitragem privada, atenuando a regra da inafastabilidade da jurisdição, mas, principalmente, limitando a atividade do juiz à iniciativa das partes.

No plano dos princípios não constitucionais ou específicos, impõe-se maior rigor à exigência de inércia da jurisdição (art. 2º do CPC) e ao princípio dispositivo, limitando a iniciativa probatória das partes (art. 132 do CPC), imposição de rigidez ao princípio da preclusão e da eventualidade e ampla imposição de penas sucumbenciais. Estão incluídos nessa área os procedimentos relacionados à posse e propriedade de bens, família, sucessões e a extensa área de obrigações e contratos privados não comerciais.

O novo CPC traz algumas mudanças importantes especialmente por mecanismos de coletivização de demandas individuais, “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas”, oficiar aos legitimados a propor a ação civil pública “para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva” que poderão servir a defesa desses interesses.

### 4.2.2. Direito Processual Empresarial

Por tradição brasileira recente, o Direito Processual Comercial se insere ou é absorvido por completo pelo Direito Processual Civil; contudo, na história do processo brasileiro, houve período de autonomia, como aquele ocorrido no Império, quando se editou o Código Comercial brasileiro (1850) e a regra processual que se lhe seguiu, o Regulamento 737/1850.<sup>53</sup> No período republicano, quando se editaram códigos estaduais de processo, algumas dessas legislações locais eram dedicadas ao direito processual civil e ao direito processual comercial.<sup>54</sup>

Com a unificação do processo civil, pela edição do CPC de 1939, os procedimentos do processo comercial passaram a ser por ele regulados, com exclusão daqueles afetos a leis especiais, como o procedimento de falências, regulado desde 1945 pelo Dec. 7.661/1945,<sup>55</sup> recentemente suplantado pela Lei n. 11.101/2005. Podem-se ainda arrolar como leis especiais, dentre outros, o Dec.-Lei 70/1966; Dec.-Lei 167/1967, sobre cobrança e execução de cédula rural; Dec. 911/1969; Lei 6.313/1975, sobre créditos à exportação e a Lei 6.840/80, sobre créditos comerciais.

Orienta-se, como o direito processual civil, pelos princípios constitucionais processuais e, no plano dos princípios não constitucionais, pelo rigor à exigência de inércia da jurisdição (art. 2º do CPC) e do princípio

53 O Regulamento 737, de 25.11.1850, era norma processual específica do direito comercial, editada em seguida ao Código Comercial, mas teve, a partir de 1890, por força do Decreto 763, de 19.09.1890, do governo republicano, aplicação às causas cíveis.

54 São exemplos: Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Rio Grande do Sul, Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Maranhão, Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Espírito Santo, Código do Processo Civil, Commercial, Penal e Orphanológico do Estado da Bahia, Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Paraná, Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Piauí, Código de Processo Civil e Commercial do Estado de Sergipe, Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Ceará, Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Rio Grande do Norte, Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Pernambuco, Código do Processo Civil e Commercial do Distrito Federal, Código do Processo Civil e Commercial do Estado do São Paulo, Código do Processo Civil e Commercial do Estado do Espírito Santo, Código do Processo Civil e Commercial do Estado da Paraíba.

55 Por tradição, desde o Império e na República, as regras sobre quebras são autônomas com relação às demais regras processuais, podendo ser indicados como exemplos o Dec. 2.691/1860, Dec. 3.308/1865, Dec. 917/ 1890, Lei 2.024/1908.

dispositivo, limitando a iniciativa probatória às partes (art. 132 do CPC), imposição de rigidez ao princípio da preclusão, da eventualidade e da sucumbência.

O processo falimentar se reveste de características especiais, tal como a unicidade do juízo, e a preservação de interesses protegidos, com a hierarquia do quadro geral de credores, significativamente alterado pela Lei n. 11.101/2005, em que se privilegiam interesses privados com garantia, em detrimento de tributos e de interesses de trabalhadores, por exemplo.

Pode-se dizer que no Direito Processual Empresarial estão incluídos os procedimentos que servem de instrumento ao direito material societário e da empresa, bancário, dos títulos de crédito etc.

### **4.3. Processos para defesa de interesses individuais especiais (Direito Processual de Grupos Sociais)**

Como fruto da divisão que foi anteriormente proposta, na qual a jurisdição civil ou não penal se divide em ramos de Processo para defesa dos Interesses Públicos ou do Patrimônio Público, Processo para defesa de interesses individuais privados, Processos para defesa de interesses individuais especiais (Direito Processual de Grupos Sociais), caracteriza-se este último pela presença de interesses privados diferenciados, amparados por regras materiais e, também, protegidos pelas regras processuais especiais.

O estudo que aproveite as reflexões da sociologia e da ciência política poderá apontar para critérios diferentes dos que adotamos neste estudo, principalmente se se considerar que certas áreas do direito e do processo estão relacionadas à afirmação de lutas sociais identificadas com o estado de bem-estar social, ao passo que outras (mais recentes) estão ligadas às lutas por legitimação de certos grupos sociais.

Orientam-se essas áreas do direito processual pelos princípios constitucionais processuais, pelos princípios processuais gerais e por princípios próprios, tal como o princípio da igualdade por compensação, o princípio do impulso oficial e o princípio distribuição compensatória ou da inversão do ônus da prova, às vezes presentes, o princípio da flexibilidade da valoração das provas, os princípios da oralidade (imediatez, concentração) e o princípio da especialização da justiça (juizados especiais e não de exceção).

Esse critério que segmenta os processos relacionados aos sujeitos especiais com interesses hoje protegidos tem suas próprias razões, que podem ser de ordem política ou ideológica. É possível que se aponte desconformidade entre as áreas, consideradas heterogêneas, pois nascidas e desenvolvidas em circunstâncias histórica e socialmente diversas.

#### **4.3.1. Direito Processual do Trabalho**

Das áreas mais bem estruturadas do Direito Processual Social e de nascimento mais distante, o *Direito Processual do Trabalho* “é o ramo do direito processual destinado à solução dos conflitos trabalhistas”,<sup>56</sup> fortalecido por uma legislação especial, a Consolidação das Leis do Trabalho, e por outras normas especiais de implicação processual e, ainda, por uma justiça especial própria, a Justiça do Trabalho.

Marcado por princípios próprios, o *Direito Processual do Trabalho* norteia-se pela proteção do trabalhador, pela normatividade das decisões coletivas, pela indisponibilidade do rito, pelo privilégio à conciliação, pela concentração de atos processuais e pelo incentivo à oralidade, pela irrecorribilidade das decisões interlocutórias, pela busca da verdade real etc.

Também se nota mitigação do princípio da demanda, quando se concede ao juiz a iniciativa na execução, e do princípio dispositivo, quando é ampliada a iniciativa probatória do juiz.

56 NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de direito processual do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 53.

Como exemplo de procedimentos próprios, contém os dissídios individuais (ação individual: simples ou plúrimas), os dissídios coletivos de caráter normativo e força obrigatória (ação coletiva); o inquérito judicial para apuração de falta grave (ação declaratória de falta grave). Admitem-se também na Justiça do Trabalho as cautelares e certos procedimentos especiais (consignação em pagamento etc.) e possui execução que segue a CLT e subsidiariamente o CPC.

#### **4.3.2. Direito Processual Imobiliário Agrário e Urbano**

O *Direito Processual Agrário*, que tem em outros países ibero-americanos uma robusta conformação, no Brasil não teve o mesmo desenvolvimento, ainda que se identifique por suas peculiaridades e receba conceituação como aquele ramo que possui

objetivo, predominantemente público, com princípios e normas próprias, capazes de propiciar a solução rápida e sem excessos de formalismos, dos conflitos gerados no campo.<sup>57</sup>

É possível afirmar que a trajetória da construção dos direitos sociais, no plano legislativo, se desenvolve segundo um processo de afirmação constitucional, seguido por um processo de elaboração legal infraconstitucional para, depois, se estabelecer na via processual o instrumento para a sua afirmação e eficácia real ou material.

Alfredo Buzaid, citando Mauro Cappelletti, identificou a dificuldade de construção de um direito processual agrário no Brasil ao afirmar que:

na verdade o problema processual do direito agrário nada mais é do que uma manifestação de um problema mais vasto: o da autonomia jurídica deste ramo do direito.<sup>58</sup>

Pois a autonomia material precede à especialização processual.

A CF de 1988, art. 170, situa como princípio da ordem econômica a função social da propriedade, esta considerada essencial para o desenvolvimento da atividade agrícola, de criação de animais ou mesmo para as atividades extrativistas. Marcou a evolução da legislação agrária a edição do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/1964), ação discriminatória (Lei n. 6.383/1986), usucapião especial (Lei n. 6.969/1981), a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à Reforma Agrária (Lei n. 8.629/1993). São tipicamente agrárias as demandas de cumprimento, de despejo, consignação, rescisão e indenização em contratos agrários, de preferência, de divisão, demarcação e extinção de condomínio agrário, usucapião especial e nunciação de obras rurais, além da desapropriação para fins de reforma agrária. Nota-se, contudo, uma expansão dos conflitos imobiliários do meio rural para o meio urbano, decorrente da migração de contingentes populacionais para as cidades. Com isso se pode hoje agrupar essas espécies de conflito em duas categorias imobiliárias similares: um Direito Processual Imobiliário Agrário, de luta pela terra, e outro Direito Processual Imobiliário Urbano, de luta pela moradia.

Esses ramos adotam, sem exceção, os princípios constitucionais processuais, tal como contraditório, ampla defesa, duplo grau, isonomia, publicidade etc. Quanto aos princípios gerais do processo: princípio positivo e da demanda, lealdade processual e boa-fé, e, também, princípios especiais ou próprios dentre os quais podem ser arrolados: princípios da simplificação e da oralidade, com identidade física e concentração de atos, princípio da gratuidade de justiça, princípio da indisponibilidade das regras e fixação da competência segundo o local dos bens litigados.

São exemplos de procedimentos dessa área o Usucapião especial agrário (Lei n. 6.969/1981), a Ação Discriminatória de Terras Públicas (Lei n. 6.383/1976) e as imissões possessórias agrárias, o usucapião especial

57 BORGES, Marcos Afonso. *Princípios do direito processual: civil e agrário*. Belém: CEJUP, 1991. p. 25-26.

58 BUZOID, Alfredo. Do processo agrário. In: BUZOID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17-30. Essa atrofia pode ser decorrência, em parte, da inexistência de uma justiça especializada agrária, como em outras nações, mas também da desatenção estatal para o conflito social agrário e a fragilidade dos litigantes e de suas organizações associativas.

urbano (Lei n. 10.257/2001), o usucapião especial coletivo (Lei n. 10.257/2001) e os mecanismos de cessão de uso de terras públicas ou mesmo os procedimentos de usucapião extrajudicial já criados ou projetados no novo CPC.

### 4.3.3. Direito Processual Previdenciário e assistencial social

O *Direito Processual Previdenciário e Assistencial Social* pode ser descrito como o conjunto de princípios e regras processuais que regulam os procedimentos com vistas à aquisição dos benefícios previdenciários e assistenciais<sup>59</sup> ou à parte do direito processual que tem como conteúdo material o litígio judicial pelos benefícios previdenciários e assistenciais. O *benefício assistencial de prestação continuada* previsto na Constituição Federal, art. 203,<sup>60</sup> e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n. 8.742/1993)<sup>61</sup> não tem natureza previdenciária, sendo entretanto legitimado passivo da demanda o INSS, que gere o benefício para o Ministério do Desenvolvimento Social, justificando o tratamento processual conjunto.

De modo especial, após a edição da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001), que se subsidia na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995) no que aquela não a contrariar, é desse sistema que se extrai o novo Direito Processual Previdenciário. Esse novo modelo se baseia na ampliação do acesso à justiça, em um modelo consensual, econômico e simplificado, oral e concentrado, informal e célere. Submetido ao limite de 60 salários mínimos, os pagamentos de condenação ou acordo nesses juizados não se vinculam ao pagamento por precatório, mas a pagamento direto de RPV (Requisições de Pequeno Valor).

Difícilmente se encontraria uma área ou áreas do direito processual que reunisse tal adequação aos Juizados Especiais Federais, como as ações para obtenção do benefício assistencial (CF, art. 203) e as ações para a obtenção dos benefícios previdenciários, decorrendo, neste caso, a identificação da subárea do processo com o próprio microsistema dos Juizados Especiais.

Mas se podem identificar critérios ou princípios próprios, tais como a celeridade, a simplicidade, a informalidade e a oralidade, além daqueles que se relacionam especificamente aos juizados especiais federais, tais como a ampliação dos poderes do juiz para deferir medidas urgentes (art. 4º), equivalente ao ‘ativismo’ processual, ausência de prazos diferenciados, isonomia com redução das prerrogativas da Fazenda Pública, fim do dogma da indisponibilidade do direito público, pagamento por ordem judicial, sem precatório, fim do reexame necessário e recurso somente sobre direito material, dirigido a turmas recursais etc.

Já somam muitas dezenas as obras sobre os Juizados Especiais Federais, mas, somente há pouco, surgiram obras dedicadas à doutrina processual da matéria previdenciária e assistencial social nesses juizados ou sobre a atuação da autarquia previdenciária (INSS). Nesse ramo especial, a doutrina pretende

a realização do ideal constitucional de um processo justo, isto é, um processo conduzido por uma atuação jurisdicional que leve em conta os particularismos da lide que se apresenta como carente de composição [...].<sup>62</sup>

59 Para os efeitos restritos deste trabalho não foram incluídos os procedimentos ou ações fiscais ou antiexacionais relacionadas ao custeio da Previdência Social, sejam as originadas de contribuições sob gestão da Secretaria da Receita Previdenciária ou da Secretaria da Receita Federal, por se tratar puramente de *Direito Processual Tributário*.

60 “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

61 “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.” BRASIL. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

62 SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 56.

Assistemático, esse ramo se vem formando com base em regras especiais de competência, às vezes delegada à Justiça Comum dos Estados, exigência limitada de prévio requerimento administrativo à propositura de ações, relativização da indisponibilidade dos interesses públicos litigados e transigibilidade limitada, expansão das regras probatórias e adotando outras regras flexíveis, que admitem a fungibilidade entre alguns procedimentos para a obtenção de benefícios, relativa instabilidade da coisa julgada em alguns benefícios etc.<sup>63</sup>

A construção jurisprudencial é feita com caráter compensatório material e processual, como pode se ver na Súmula 47 TNU (Turma Nacional de Uniformização) dos Juizados Especiais Federais, exemplo de valoração de elementos não previstos expressamente na lei para a concessão de benefícios.<sup>64</sup>

#### **4.3.4. Direito Processual do Consumidor**

Há autores que consideram possível a existência de um *sistema processual de defesa do consumidor*, donde não haveria dificuldades de se extraírem regras próprias e caracterizadoras de um *Direito Processual do Consumidor*<sup>65</sup> que se origina na Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXII, onde se prevê que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor e do art. 170, que estabelece como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor (inc. V).

Conquanto à defesa processual do consumidor possa ser feita por todas as espécies de ações (art. 83 do CDC), essa lei especial, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), prevê regras processuais especiais e estabelece princípios que autorizam a sua conformação autônoma. Essa conformação autônoma se dá, em sua maior parte, pelo processo coletivo, pelas ações coletivas, cercado por todas as peculiaridades que esse sistema possui, mas não exclui o processo individual de consumo, que preserva singularidades, embora seja regido pelas normas gerais de processo (CPC) e por leis extravagantes.

Em qualquer das modalidades, haverá no processo a facilitação da defesa do consumidor e faculta-se ao juiz inverter do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII), a tutela específica das obrigações (art. 84, § 6º, inc. VI), a responsabilização objetiva do fornecedor (art. 12) ou a possibilidade da execução individual *in utilibus* da condenação dada em ação coletiva e a ampliação dos poderes do juiz, que pode ser equiparado ao que se denomina ‘ativismo’ processual para a concessão de tutela de urgência (art. 84, § 3º).

#### **4.3.5. Direito Processual do Nascituro, da Criança e Adolescente e dos Jovens**

Desde a Constituição Federal de 1988, ganhou contornos mais definidos os deveres do Estado na defesa de crianças e de adolescentes<sup>66</sup> consolidados com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990,<sup>67</sup> composto de largo rol de regras materiais penais e não penais. Novas leis, nos últimos anos, têm ampliado esse rol de grupos etários protegidos por leis especiais, como se vê com a criação do Estatuto da Juventude, Lei. n. 12.852/2013<sup>68</sup> e de outras normas.

63 SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. Caps. 2, 6, 7 e 10.

64 Súmula 47 - TNU “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.” BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. *Súmula n. 47*. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=47&PHPSESSID=f2a3nhiqcvr82dk0jbh67v1kt1>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

65 Exemplo é a obra recente de Adriano Perácio de Paula, com exame dos principais institutos processuais sob o enfoque dessa nova área do direito processual. PAULA, Adriano Perácio de. *Direito processual do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

66 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

67 Para os efeitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, são considerados adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos, aplicando-se a estes inicialmente o ECA e, excepcionalmente o EJ.

68 Para os efeitos do Estatuto da Juventude, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove)

No campo processual, as regras destinadas a esses grupos sociais se ampliam e seguem a linha das leis especiais elaboradas nesse período, com inclusão de previsão de tutela específica, processo coletivo, regras especiais sobre competência e regras ampliadas de legitimidade, mudança dos efeitos dos recursos etc.

Rege-se por princípios constitucionais processuais, com destaque para a isonomia por compensação, que influencia os demais princípios processuais gerais e aqueles considerados especiais como a gratuidade de justiça e assistência jurídica, ausência de pagamento de despesas recursais (preparo), intimação pessoal do advogado e dos responsáveis, simplificação e celeridade (prazo para recursos é de 10 dias), preferência no julgamento de recursos, recursos com efeito apenas devolutivo e possibilidade de lesão (tutela de urgência), além das regras especiais de legitimação do Ministério Público, da Defensoria Pública, tanto para propor ações como para interpor recursos.

De modo similar à defesa processual do consumidor, a defesa de crianças e adolescentes pode ser feita por todas as espécies de ações (art. 212 do ECA), que também prevê regras processuais especiais e estabelece princípios que permitem estudo autônomo. O CPC tem aplicação subsidiária ao ECA (art. 212, §1º) e há previsão específica do cabimento da ação mandamental contra autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, que lesem direito líquido e certo dos sujeitos protegidos pela lei. Também são utilizáveis quaisquer processos (comum ordinário ou sumário, executivo ou cautelar) ou procedimentos especiais (consignação, possessórias, alimentos etc.), com as influências principiológicas que o ECA introduziu.

Dentre as regras recursais, destaca-se a do inc. VII do art. 198 do ECA, que autoriza o juiz que rever sua decisão quando recorrida por apelação, proferindo nova, mantendo ou reformando o que decidira, antes de remetê-la à instância superior. O Estatuto da Juventude prevê a adoção de medidas com vista à proteção do direito de igualdade por meio de programas que permitam o estímulo à cidadania e o acesso à Justiça (EJ, art. 18, inc. D).

Outra inovação quanto aos direitos de grupos etários é a possibilidade de concessão de alimentos ao nascituro, ditos alimentos gravídicos, previstos na Lei n. 11.804/2008, pois destinados à gestante. Com previsão de concessão de medida urgente, após ‘cognição sumária’, baseada em indícios, redução de prazo para resposta para 5 dias e a possibilidade de conversão desses alimentos em pensão para o caso de nascimento com vida. Aplicam-se também a essa ação de alimentos aquelas diferenciações da Lei n. 5.478/1968 (Lei de Alimentos).

Não se pode deixar de mencionar também a possibilidade das ações ou do processo coletivo para a defesa de interesses não individuais desses grupos sociais, para o qual estão legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes federativos e as associações criadas para a defesa de interesses de crianças e de adolescentes<sup>69</sup> e de jovens.

#### **4.3.6. Direito Processual dos Idosos**

A Constituição Federal de 1988<sup>70</sup> não foi com os idosos tão minudente como na defesa de crianças e de adolescentes, contudo o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), a par de criar regras especiais de proteção, ratificar a garantia a direitos, medidas de proteção e atendimento aos idosos, preocupou-se especificamente com o acesso à Justiça (Título V, arts. 69 a 92).

---

anos de idade (art. 1º, § 1º).

69 Ver sobre o tema a obra SILVA, Moacir Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998.

70 Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

O Estatuto do Idoso principia a formação de um microssistema de Direito Processual dos Idosos, com regras e princípios próprios, tais como: a) a aplicação subsidiária do procedimento sumário do CPC, arts. 275 a 281 (art. 69, EI); b) tratamento judicial prioritário no trâmite de qualquer processo em qualquer instância (art. 71 do EI e arts. 1211-A, 1211-B e 1211-C do CPC)<sup>71</sup>; c) a intervenção para proteção de interesses ou direitos coletivos de idosos (art. 74 do EI); d) a participação do Ministério Público como *custos legis* ou como substituto em ações especiais (art. 74 do EI) e legitimidade para a execução (art. 87 do EI); e) cabimento de ações especiais (art. 82 do EI); f) cabimento da tutela específica (art. 83 do EI); g) possibilidade de concessão de efeito suspensivo a recurso judicial (art. 85 do EI) dentre outras.<sup>72</sup>

Esse conjunto de regras, associado a outras contidas na legislação esparsa, pode ser compreendido como o Direito Processual dos Idosos, com tendência à expansão, quando associado ao processo previdenciário e assistencial do qual, por certo, pode ser distinguido, conquanto o universo de idosos se defina pela idade; enquanto o previdenciário, pela natureza retributiva da obrigação previdenciária e o assistencial, pela presença das condições de carência e obrigação estatal de proteção social.

#### **4.3.7. Direito Processual dos Acidentados e de Pessoas com Deficiência**

Improvável que se possa, com segurança científica, estabelecer uma área do direito processual que reúna o Direito Processual Acidentário e ações para defesa de interesses de portadores de deficiências (Lei n. 7.853/1989), mas as peculiaridades de ambos impedem a inclusão nas subáreas anteriormente listadas.

Direito Processual Acidentário. De um lado está a *ação acidentária*, prevista na Lei n. 6.376/1976, com suas peculiaridades processuais, com a alteração de competência que se desloca para o local do fato, na Justiça Estadual, ainda que a legitimidade passiva seja do INSS, pela presença do Ministério Público como fiscal da lei, com a concessão de *jus postulandi* à parte ou ao representante não advogado, princípio da ‘verdade real’, mitigação dos princípios dispositivo e da demanda, celeridade e simplificação pela adoção do procedimento sumário, princípio da gratuidade de justiça, valorização da conciliação e transigibilidade dos interesses. Essa norma é o marco para a definição de um direito processual acidentário.

Direito Processual das Pessoas com Deficiência. De outra parte, os processos regrados pela Lei n. 7.853/1989, relacionada às pessoas com deficiência objetiva o acesso à justiça para a obtenção de meios adequados de desenvolvimento da pessoa com deficiência, seja pela educação especial, pela adaptação arquitetônica, pela adaptação do ambiente de trabalho ou ambiente urbano, de modo a permitir sua atuação social, profissional e seu lazer.

Todos os meios processuais existentes são aptos às demandas das pessoas com deficiência, seja para a proteção de direitos à não discriminação, à educação, à saúde, ao trabalho, à acessibilidade aos benefícios previdenciários e assistenciais ou outros. Há peculiaridades processuais, como a necessidade de reexame necessário, não produzindo efeitos a sentença, senão após exame do 2º grau, nas ações civis públicas, que se concluir pela carência ou improcedência (art. 4º, § 1º, Lei n. 7.853/1989) e a necessidade de participação do Ministério

71 “Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias. Art. 1.211-B. A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas. § 1º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária. Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, em união estável.” BRASIL. Lei n. 12.008, de 29 de julho de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

72 GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*: Ministério Público, tutela dos direitos individuais e coletivos e acesso à Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 68, identifica esse conjunto de regras como microssistema sem, contudo, tratá-lo como ‘tutela diferenciada’.



Público nas ações onde se litiguem interesses de pessoas com deficiência.<sup>73</sup> A jurisprudência, de outra parte, tem ampliado a visão compensatória do processo e do direito em relação às pessoas com deficiência.

O Estatuto da Juventude prevê políticas de segurança pública voltadas para os jovens e dentre essas a “promoção do efetivo acesso dos jovens com deficiência à justiça em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas a sua idade” (art. 38, inc. VI), acesso à Defensoria Pública (art. 38, inc. V), entre outros.

Outro ponto que contribui ao estudo em tópico próprio é a edição de um Estatuto do Portador de Deficiência, como regra legal matriz que reunirá o direito material e processual para a defesa de interesses desses sujeitos especiais, em fase de processo legislativo.

#### **4.3.8. Direito Processual da Família**

As regras especiais afetas ao Direito de Família não são novas no Brasil. Especialmente a partir da Lei de Alimentos, que reuniu dispositivos relacionados ao direito material e ao direito processual se pode elencar outras que nitidamente trouxeram especificidades relacionadas ao processo que envolve tal matéria.<sup>74</sup>

Há inúmeras peculiaridades procedimentais dispersas pela legislação codificada ou esparsa, como as alterações de competência, alterações de legitimação para a ação, alterações de prazo para a resposta do demandado, amplitude de matérias na contestação na e reconvenção, aceitando-se em alguns procedimentos a duplicidade (divórcio), imposição de fases de conciliação, ampliação de poderes do juiz. A ação de alimentos é o exemplo dessa demarcação procedimental, pois já na década de 1960 prevê que

o juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias,<sup>75</sup>

Expressando evidente exacerbação de poderes do juiz ao permitir-lhe aplos poderes instrutórios e medidas coercitivas para o atendimento da decisão.

O novo CPC vai mais longe, ao criar no Capítulo X, com título “das ações de família”, situado dentre os *procedimentos especiais de jurisdição contenciosa* um conjunto de regras gerais com o fim de afetar as ações relacionadas ao Direito de Família, tais como divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação, além das ações de alimentos e de interesse de crianças e adolescentes. A nova técnica procedimental estabelece um princípio geral, de busca de solução consensual e para isso uma inverte o procedimento nessas demandas de família, transpondo a citação do réu e a respectiva e eventual contestação para um momento posterior ao da tentativa de conciliação, posicionada logo após o recebimento da inicial.

73 Art. 3º As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência. § 1º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias. § 2º As certidões e informações a que se refere o parágrafo anterior deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação civil. § 3º Somente nos casos em que o interesse público, devidamente justificado, impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação. § 4º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, e, salvo quando se tratar de razão de segurança nacional, requisitar umas e outras; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça, que cessará com o trânsito em julgado da sentença. § 5º Fica facultado aos demais legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles. § 6º Em caso de desistência ou abandono da ação, qualquer dos colegitimados pode assumir a titularidade ativa. BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17853.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

74 São exemplos a ação de alimentos, ação de divórcio, a ação de alimentos gravídicos etc.

75 Lei de Alimentos, Lei n. 5.478/1968, art. 19. BRASIL. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

São destacáveis o princípio da busca da consensualidade, com utilização da conciliação e da mediação judicial ou extrajudicial, flexibilização e inversão procedimental, a admissão de auxiliares multidisciplinares ao juízo e profissionais externos para a busca de composição, inversão procedimental sem citação inicial, chamamento a juízo, sem conhecimento da inicial, para a audiência de tentativa de composição, fragmentação da audiência, quando necessário, pleno acesso do réu aos documentos e inicial, se desejar antes da audiência de composição, imposição de defesa técnica por advogado ou defensor público.

#### **4.3.9. Direito Processual dos Negros, Pardos, Indígenas e outros grupos étnicos**

Outra área que apresenta expansão, com corte étnico ou racial está associada a grupos que se auto-denominam negros, pardos e indígenas. Considera-se negro a aquele que se autodeclara preto, pardo ou denominação análoga, no quesito cor e raça das pesquisas do IBGE (Estatuto da Igualdade Racial, Lei n. 12.288/2010, art. 1º, par. ún., inc. IV). São considerados pardos e com equivalência em direitos aos negros aqueles que assim se declaram (Estatuto da Igualdade Racial, Lei n. 12.288/2010, art. 1º, par. ún., inc. IV). A preservação de suas características culturais pode ser identificada na própria Constituição, ao definir que o ensino fundamental regular será ministrado a todos em língua portuguesa, mas assegurando às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas (art. 210, § 2º). Assim também a defesa de suas manifestações culturais (art. 215, § 1º); a vedação a sua remoção de suas terras (art. 231, § 5º). Os quilombolas que são grupos étnicos formados principalmente por descendentes de populações negras, que se autodefinem como tal a partir das relações com a terra, o parentesco, o território, a ancestralidade, as tradições e práticas culturais próprias.<sup>76</sup>

Embora não se encontrem até este momento normas processuais específicas de diferenciação desses grupos, o *Estatuto da Igualdade Racial*, Lei n. 12.288/2010, prevê art. 55 que “para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública”. O *Estatuto da Juventude* prevê a adoção de medidas com vista à proteção por meio de programas que permitam o estímulo à cidadania e o acesso à Justiça em igualdade de direitos aos jovens de todas as raças e etnias (EJ, art. 18, inc. I).

Quanto aos indígenas se pode destacar regra constitucional de proteção que autolegitima o indígena e colegitima as comunidades e associações na representação processual desses grupos,<sup>77</sup> deixando ao Ministério Público como *custos legis*.

Segundo o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973), é dever dos entes federativos a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos, por meio da assistência aos índios e às comunidades indígenas (art. 2º, inc. II), assim como a garantia ao pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem (art. 2º, inc. X).

A lei que institui a Fundação Nacional do Índio- FUNAI, Lei n. 5.371/1967, prevê dentre as suas finalidades respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais; (art. 1º, inc. I, ‘a’), garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes (art. 1º, inc. I, ‘b’), preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contacto com

76 O Decreto n. 4.887/2003 prevê no “Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.” BRASIL. *Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

77 “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.” Contudo, esse dispositivo constitucional deve ser interpretado limitadamente nos casos de indígena não integrado e sem acesso aos usos e costumes da comunhão nacional. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015

a sociedade nacional; (art. 1º, inc. I, 'c'), promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios; (art. 1º, inc. IV), promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional (art. 1º, inc. V). Para isso todos os meios processuais são válidos, sejam as ações constitucionais, os procedimentos especiais individuais e coletivos e o CPC.

Deve ser destacado o procedimento para o reconhecimento Usucapião Especial Indígena, previsto no art. 33 do Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/1973, norma material com contornos próprios para a aquisição da propriedade imobiliária.<sup>78</sup>

## 5. DO ACESSO À JUSTIÇA AO DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS

Sob este tópico, ainda que sumariamente, é importante definir o que são o acesso à justiça, a socialização da justiça e o processo justo e, também, o Direito Social e o Direito Processual de Grupos Sociais, como tentativa de traçar uma linha comum nessa tendência evolutiva das leis materiais e processuais brasileiras.

### 5.1. Acesso à Justiça, socialização do processo e processo justo

Para que se concretize a acessibilidade da justiça, nas proposições originais de Mauro Cappelletti e Briant Garth, destacam-se a redução dos custos do processo, a busca de isonomia substancial das partes no processo, a assistência jurídica e judicial e a gratuidade de justiça. Numa visão que se afirmava transcendente, esses autores propunham ainda a criação de métodos não contenciosos ou não adversariais de solução dos conflitos, o aproveitamento de auxiliares leigos e a criação de procedimentos e juízos especiais simplificados.<sup>79</sup> Pode-se concluir que a legislação esparsa brasileira da segunda metade do século XX, e mais acentuadamente das décadas de 80 e 90, teve essa finalidade, esse objetivo.

A doutrina italiana, pelas pesquisas de Mauro Cappelletti e, também, de Vittorio Denti, expostas na obra *Processo civile e giustizia sociale*, caracterizava, na década de 70, a *socialização do processo* pela introdução de técnicas como a simplificação, a gratuidade de justiça, a participação de juízes leigos, a ampliação dos poderes e a participação do juiz como árbitro de conflitos sociais e a tendência para a inquisitorialidade dos processos com finalidade social.<sup>80</sup> Sob esse enfoque, o fenômeno identificado pela doutrina brasileira como *socialização do processo* pode também ser descrito como um conjunto de modificações legislativas que operaram uma lenta transformação das regras processuais, no qual se pode destacar como principal a tutela coletiva ou de grupos e onde está também incluída a noção de acesso individual à justiça, introduzida precedentemente ao processo coletivo. Não têm portanto, esses dois eventos ou fenômenos, uma identidade completa, embora os autores brasileiros acima citados acreditassem que uma das ondas finais do acesso se expressaria pela introdução de processo coletivo ou de grupos.

Já a concepção de *procedimento justo* tem origem no direito anglo-saxão, na cláusula do *due process of law* que foi transmutada de garantia formal e de garantia substancial em garantia constitucional escrita em nações de leis escritas.<sup>81</sup> Relaciona-se o *procedimento justo* com a preocupação do *tempo de duração razoável do processo*,

78 Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal. BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

79 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

80 DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1971. p. 53-72.

81 COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e "giusto processo" (modelli confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998. p. 105.

que objetiva o resultado útil desse procedimento aos litigantes.<sup>82</sup> Identifica-se a *justeza do procedimento* não apenas pela simples “oferta [numérica e variada] de instrumentos processuais”, mas que esses instrumentos sejam suficientes a produzir o resultado desejável do processo, que seja um fim útil e concreto, ou, no dizer de Arruda Alvim, que a eles corresponda a “efetiva eficácia,”<sup>83</sup> sem considerar a transversalidade contida na proposta de acesso, que considera a fragilidade subjetiva do litigante.

## 5.2. Direito Social e Direito Processual de Grupos Sociais

Direito Social, por sua vez, é conceito que foi formulado originalmente no Brasil na proposição de Cesarino Junior<sup>84</sup> como:

a ciência dos princípios e leis geralmente imperativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar as pessoas físicas, dependentes do produto do seu trabalho para a subsistência própria e de suas famílias, a satisfazerem as necessidades vitais e a ter acesso à propriedade privada[...]

Vinculada a fase de formação dos direitos trabalhistas.

Mas a expressão *social*, que qualifica o direito, tem uso corrente desde o século XIX, como oposição ao liberalismo ou ao capitalismo. Essa concepção tem evoluído e hoje se considera que

el derecho social abriga inicialmente la defensa de los más pobres, de los desposeídos, de quienes se distinguen en la sociedad por tener menos condiciones materiales, por no tener las mismas oportunidades para su desarrollo. Son los débiles económica o socialmente marginados y excluidos. El derecho social anida y tutela, como derecho positivo, los derechos de los campesinos (derecho agrario), de los indigentes (derecho asistencial), de los grupos más vulnerables (derecho de seguridad social) y de los trabajadores hombres y mujeres, niños, jóvenes, adultos y ancianos (derecho do trabajo); disciplinas que se van conformando para después cobrar autonomía científica según la evolución de cada una y conforme a la propia evolución jurídica en general.<sup>85</sup>

Em uma concepção atual, o direito social é visto como o direito das desigualdades, direito de privilégios, para a proteção de categorias ou grupos de indivíduos, útil inclusive às políticas administrativas de governo, caracterizado como direito contraditório e polêmico, em contraposição a outros direitos, enfeixados em um conjunto de normas provisórias e flexivelmente integradas.<sup>86</sup>

O Direito Processual de Grupos Sociais surge como direito instrumental ao direito material social, ou à parte do direito processual que tem por fim fazer efetivo o direito material social (trabalhista, agrário, da seguridade, dos idosos, dos adolescentes, dos jovens, das pessoas com deficiência, dos consumidores, dos negros e indígenas) e, embora constituído ou identificado em época posterior, introduz e consolida as mesmas técnicas compensatórias, deixando de lado a proposição liberal de igualdade entre as partes (no processo). Constitui-se como o conjunto de regras gerais e regras especiais, assim como de princípios especiais e peculiares para que se alcance pelo processo o objeto do direito material social, sob a forma também protetiva e compensatória em favor da parte frágil da relação processual. Segundo José Ovalle Favela

las normas procesales destinadas a la aplicación del derecho social, para ser eficaces, deben estar inspiradas en el mismo principio de igualdad por compensación o, como también se llama, principio de justicia social; deben tener como punto de partida las desigualdades reales de las partes, para tratar de

82 TUCCI, José Rogério Cruz. e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 63-87.

83 ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 92-93.

84 CESARINO JUNIOR, A. F.; CARDONE, Marly. *Direito social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. 1.p. 36-37.

85 KURCZYN VILLALOBOS, Patrícia; REYNOSO CASTILLO, Carlos; SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo. *La justicia laboral: administración e impartición*. Ciudad del Mexico: UNAM, 2005. p. 15.

86 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAIS, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 290-299. p. 294-295.

otorgarles una verdadera igualdad de oportunidades en el proceso, atribuyendo la carga de la prueba de los hechos discutidos, a la parte que esté en mejores condiciones reales de aportar los medios de prueba, e incrementando las facultades de dirección del juzgador; deben procurar la mayor rapidez y sencillez en los procedimientos, pues sus dilaciones y complicaciones normalmente son en perjuicio de la parte trabajadora o campesina.<sup>87</sup>

Em vista da heterogeneidade das categorias ou espécies procedimentais incluídas nessa divisão, poder-se-ia cindi-la em duas sendo: a) a *primeira* - do Direito Processual Social *original*, nascido das respostas do Estado do Bem-Estar Social, na qual se incluíam o Direito Processual do Trabalho, Direito Processual Previdenciário e Assistencial Social e Direito Processual Agrário (e Fundiário Urbano); b) a *segunda* - do Direito Processual de Grupos Sociais, mais recente ou *tardio*, na qual se incluíam Direito Processual do Consumidor; Direito Processual da Infância e Adolescência; Direito Processual dos Idosos; Direito Processual Acidentário e de Deficientes, estes vinculados à denominada “luta por reconhecimento” social.

Esta nova ordenação dos agrupamentos de áreas processuais identifica-se com novas disputas sociais, associadas a novos direitos econômicos, sociais e culturais, próprios de sociedades pós-contemporâneas, marcadas pelo pluralismo, pela diversidade e pela multiculturalidade. Para Charles Taylor, o multiculturalismo está ligado

[...] a outra exigência que estamos agora a considerar [...] de que todos reconheçam o valor igual das diferentes culturas; que as deixemos, não só sobreviver, mas também admitamos o seu mérito.<sup>88</sup>

Se, embora distintas as culturas, tenham elas igual valor, podem assim se reconhecer e como tal devem ser tratadas. Já a luta por reconhecimento é conceito desenvolvido por Axel Honneth, em obra sobre Teoria Crítica.<sup>89</sup> Essa tendência de luta por espaço social também foi notada em exame da evolução histórica da forma de decidir dos juízes, diante dos novos ordenamentos e dos conflitos de interesse, revestidos de tendências em conflito recíproco e mutuamente excludentes.<sup>90</sup>

Nesse sentido, o *Direito Processual de Grupos Sociais* é o ramo processual que tenta identificar similaridades nesse variado conjunto de normas dispersas e assimétricas de proteção e diferenciação processual correspondente à proteção e compensação de categorias, grupos, estamentos, classes etc. Sob uma breve análise histórica, seu desenvolvimento corresponde à uma etapa de ascensão política desses grupos e de luta por direitos sociais, econômicos e políticos em sociedades multiculturais, desiguais e complexas.<sup>91</sup>

### 5.3. ‘Ativismo’ processual e Direito Processual de Grupos Sociais

Como citado acima, essa área processual constitui-se como o conjunto de regras gerais e regras especiais, assim como de princípios especiais e peculiares para que se alcance pelo processo o objeto do direito material social, sob a forma também protetiva e compensatória em favor da parte frágil da relação processual. Esse viés, por si, estimula um *comportamento processual do juiz* que avança em dois sentidos: *primeiro* com um afrouxamento de certas regras processuais, com a flexibilização e atenuações de exigências, redução de ‘deveres’ ou de ônus processuais e; *segundo*, com uma relativa ampliação dos poderes dirigentes e instrutórios do juiz que ultrapassa linhas definidas na busca de determinadas provas, ao modo que em litígios de interesse geral ou de interesse público.

87 OVALLE FAVELA, José. *Teoría general del proceso*. 6. ed. Ciudad del Mexico: Oxford, 2005. p. 62-63.

88 TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 84.

89 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003: *a gramática moral dos conflitos sociais*, no qual propõe uma análise dos conflitos sociais com superação do antecedente “déficit sociológico”, no qual o viés de imperatividade econômica desconsidera a ação social dos indivíduos.

90 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-25.

91 GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Itens 7.5-7.7, p. 202-214, onde são classificadas as desigualdades simples e unidimensionais, assim como as complexas e multidimensionais.

Tais alterações são examinadas neste estudo somente quanto aos efeitos processuais, mas não se exclui outras alterações que ultrapassem o processo e alcancem o mérito, nas quais a consideração de aspectos próprios das partes, tal como a vulnerabilidade, possam resultar em efeitos materiais. Exemplo disso são as causas biopsicossociais como critérios supralegais para a concessão de benefícios previdenciários pelos Tribunais.<sup>92</sup>

Exemplos dessa atuação podem ser vistos nos juizados especiais.

## 6. JUIZADOS ESPECIAIS COMO MICROSSISTEMA LEGAL DE DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS

Importante, portanto, que se examine isoladamente também o microssistema dos juizados especiais, visto por duas vertentes essenciais: os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (estaduais) da Lei n. 9.099/1995, os Juizados Especiais Federais da Lei n. 10.259/2001 e os Juizados Especiais da Fazenda Pública da Lei n. 12.153/2009.

Os Juizados Especiais Cíveis (Estaduais), criados pela Lei n. 9.099/1995, surgiram mais de uma década após a edição da Lei 7.244/1984, que instituiu os pioneiros *Juizados de Pequenas Causas*, voltados à solução de demandas de pequeno valor econômico, exclusivamente no âmbito cível e limitada ao processo de conhecimento.

A Constituição Federal de 1988 constitucionalizou a matéria e ampliou a atuação dos juizados especiais, prevendo a criação dos Juizados Criminais, competentes para a apreciação, julgamento e execução dos “crimes de menor potencial ofensivo”, art. 98, inc. I, da CF/1988<sup>93</sup>.

Permite-se a participação popular (conciliadores e juízes leigos), com utilização da oralidade, com simplificação, prestigiando a primeira instância que colhe a prova (identidade física), com imediatidade e com concentração de grande parte dos atos na audiência. A concessão de *jus postulandi* às partes permite que a parte litigue sem assistência técnica, excluindo o advogado nas causas de até 20 salários mínimos (SM), excepcionado a interposição de recurso, que precisa de advogado. A Emenda Constitucional n. 19/1998 permitiu a aplicação dos juizados especiais à Justiça Federal, Lei n. 10.259/2001 (art. 1º da Lei n. 10.259, de 12-07-2001), que criou um sistema parcialmente comunicante entre a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995) e a Lei dos Juizados Especiais Federais.

Com competência para processar, conciliar e julgar causas da Justiça Federal até o valor de 60 SM, inclui na sua competência,<sup>94</sup> por exemplo, as ações promovidas contra o INSS, autarquia federal encarregada de pagar mensalmente os benefícios previdenciários e assistenciais a mais de 30 milhões de pessoas. Trouxeram inovações importantes em relação às restrições das prerrogativas da Fazenda Pública, com expressa possibilidade de deferimento de medidas urgentes para evitar dano de difícil reparação (art. 4º), simplificação dos atos de comunicação processual (art. 8º), possibilidade de composição e de transação (art. 10), cumpri-

92 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp n. 965.597/PE*. Quinta Turma. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: José Nascimento da Silva. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 23 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8880888/recurso-especial-resp-965597-pe-2007-0151676-9/relatorio-e-voto-13983772>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

93 São evidentes as inovações trazidas pela lei dos juizados especiais criminais, a iniciar pelo rompimento de dogmas históricos, notadamente no direito processual penal, como o que se refere à ‘conciliação’ nas demandas criminais, com a introdução da disponibilidade parcial da ‘ação penal’, antes considerada obrigatória. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

94 São incompetentes esses JEFs para conhecer de mandado de segurança, ação de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais, demandas sobre improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; ações sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e os de lançamento fiscal; ações relativas à sanção disciplinar a servidor público federal (art. 3º, § 1º).

mento de obrigação que não seja de dar, será efetuado mediante ofício do juiz à autoridade (art. 14) e de obrigação de dar em 30 dias (art. 15), participação de juízes leigos e de conciliadores (art. 16). Quanto aos recursos, desaparecem os prazos diferenciados, inclusive para a prática de outros atos processuais (art. 9º) e irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias (art. 5º) e da sentença homologatória (art. 42, Lei n. 9.099/1995), e não haverá reexame necessário (art. 12, § ún.), com o recurso da sentença dirigido a turmas recursais (art. 16).

Todas essas medidas simplificadoras e de igualação das partes ampliam o acesso à Justiça aos litigantes que demandam contra a Administração federal, estadual, distrital e municipal, notadamente dos integrantes de grupos sociais que buscam benefícios previdenciários e assistenciais, demandas de saúde, por serviços hospitalares, tratamentos ou medicamentos, mas também outras disputas individuais que os juizados admitam em sua competência. Há inúmeros exemplos estabilizados por Enunciados do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais.

O juiz que atua nesses juizados especiais não decide contra as provas, mas diligencia e busca as provas e os elementos necessários à decisão, de modo mais 'ativo' que nas demandas privadas em que não há esses interesses socialmente protegidos.<sup>95</sup> Esse juiz, ainda quando a Administração não contesta o pedido nos JEF, se vale de defesa já depositada em juízo, a conhece sem que a parte ré a junte e decide o mérito.<sup>96</sup> Esse juiz aplica sanções que podem ultrapassar limite de competência dos próprios JEF.<sup>97</sup>

## **7. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO (CONSTITUCIONAL, TRABALHO, CONSUMIDOR, AMBIENTAL, TRIBUTÁRIO) COMO TÉCNICA DE ACESSO AO DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS**

O Direito Processual Coletivo pode ser conceituado como o ramo do direito processual constitucional-social, com regras próprias de jurisdição coletiva dos interesses supraindividuais coletivos e difusos, capaz de interferir positivamente na realidade social,<sup>98</sup> destinando-se à obtenção da tutela jurisdicional coletiva,

95 FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. *Enunciado 101*. A Turma Recursal tem poder para complementar os atos de instrução já realizados pelo juiz do Juizado Especial Federal, de forma a evitar a anulação da sentença. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2006: a Turma Recursal tem poder para complementar os atos de instrução já realizados pelo juiz do Juizado Especial Federal, de forma a evitar a anulação da sentença. FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. *Enunciado 102*. Convencendo-se da necessidade de produção de prova documental complementar, a Turma Recursal produzirá ou determinará que seja produzida, sem retorno do processo para o juiz do Juizado Especial Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2006: convencendo-se da necessidade de produção de prova documental complementar, a Turma Recursal produzirá ou determinará que seja produzida, sem retorno do processo para o juiz do Juizado Especial Federal. FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. *Enunciado 103*. Sempre que julgar indispensável, a Turma Recursal, sem anular a sentença, baixará o processo em diligências para fins de produção de prova testemunhal, pericial ou elaboração de cálculos. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2006: sempre que julgar indispensável, a Turma Recursal, sem anular a sentença, baixará o processo em diligências para fins de produção de prova testemunhal, pericial ou elaboração de cálculos.

96 FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. *Enunciado 2*. Excetuando-se os embargos de declaração, cujo prazo de oposição é de cinco dias, os prazos recursais contra decisões de primeiro grau no âmbito dos Juizados Especiais Federais são sempre de dez dias, independentemente da natureza da decisão recorrida. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2006: nos casos de julgamentos de procedência de matérias repetitivas, é recomendável a utilização de contestações depositadas na Secretaria, a fim de possibilitar a imediata prolação de sentença de mérito.

97 FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. *Enunciado 65*. Não cabe a prévia limitação do valor da multa coercitiva (astreintes), que também não se sujeita ao limite de alçada dos Juizados Especiais Federais, ficando sempre assegurada a possibilidade de reavaliação do montante final a ser exigido na forma do parágrafo 6º do artigo 461 do CPC. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2006: não cabe a prévia limitação do valor da multa coercitiva (astreintes), que também não se sujeita ao limite de alçada dos Juizados Especiais Federais, ficando sempre assegurada a possibilidade de reavaliação do montante final a ser exigido na forma do parágrafo 6º do artigo 461 do CPC.

98 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva,

considerada como a capacidade de alteração das situações pretéritas à intervenção jurisdicional que objetivava a proteção aos interesses ou direitos transindividuais ameaçados ou violados.<sup>99</sup>

Conforme mencionado anteriormente, o *Direito Processual de Grupos Sociais* pode conter microsistemas associados ao conteúdo material da pretensão veiculada pela ação, tal como o direito do trabalho ou da seguridade social. Essa divisão não é válida quando se pensa no processo ou na tutela coletiva, capaz de abrigar diversas pretensões materiais, sejam elas de direito tributário, constitucional ou outras, sem vinculação exata e exclusiva com o que se denomina Direito Processual Social *original* ou com o Direito Processual de Grupos Sociais *secundário* ou *tardio*. Assim, mais adequado interpretar o processo coletivo como uma técnica para a pacificação social, também transversal (que traspassa várias espécies de direito material), útil a certas modalidades de interesses materiais que, por conveniências a essas modalidades pode atender com uniformidade e vantagens o direito posto em litígio. As vantagens do processo coletivo são reiteradamente apontadas: celeridade, uniformidade, economia processual etc.

Orienta-se pelos princípios constitucionais processuais tais como o devido processo e ampla defesa, princípio da proporcionalidade, princípio da supremacia da Constituição, princípio da não desistibilidade da ação de controle de constitucionalidade. O processo coletivo se orienta ainda por regras e princípios próprios tal como legitimação especial, presença do Ministério Público, transigibilidade regrada pela possibilidade de ajustamento de conduta, princípio da disponibilidade motivada, princípio da efetividade máxima das decisões e do máximo benefício e o princípio da obrigatoriedade da execução coletiva.

Gregório Assagra de Almeida propõe a divisão do Direito Processual Coletivo brasileiro em duas grandes áreas, uma relacionada ao *processo coletivo especial*, com conteúdo propriamente constitucional (ação de inconstitucionalidade por ação e por omissão, ação direta de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental) e, outra, relacionada ao *processo coletivo comum*, no qual se incluem a ação civil pública, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, o dissídio coletivo trabalhista, a impugnação de mandato eletivo e a ação direta interventiva.<sup>100</sup>

São exemplos, a Ação Popular (art. 5º, LXXIII da CF e Lei n. 4.717/1965), a Ação Civil Pública (art. 129, III e Lei n. 7.347/1985), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX e LXX), ADI (art. 102, I, a), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), dentre outras normas especiais.

Os juizados especiais, de outra parte, são vistos como uma técnica especial e individual de pacificação social, mas incompatível com o processo coletivo, merecendo exame isolado.

## 8. O NOVO CPC E O DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS

O novo CPC traz algumas mudanças importantes especialmente quanto a mecanismos de coletivização de demandas individuais, como: a) quando o juiz “se deparar com diversas demandas individuais repetitivas”, oficial aos legitimados a propor a ação civil pública “para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”; b1) no incidente de conversão de ação individual em coletiva, quando tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, do CDC e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; b2) quando “tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo

2003. p. 147. Item n. 1.1, p. 22 e item n. 4.4.3, p. 147. Barbosa Moreira é cético na capacidade de o direito processual interferir na realidade social, 8ª Série, p. 16.

99 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 34.

100 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.



a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo”; c) no incidente de assunção de competência “quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal” no “julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em diversos processos.”

Em todos esses casos, pretende-se proteger grupos identificáveis por situações jurídicas específicas ou mais precisamente *direitos individuais homogêneos* e, indiretamente, também, a grupos sociais, no sentido indicado no título deste artigo.

No que se refere a *Grupos Sociais*, sejam vulneráveis ou não, o projeto do CPC traz poucas referências específicas. Uma delas, considerada uma inovação, se refere às ações de família, acima referidas, que terão a partir de então, novo tratamento.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos: assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 217-246, out./dez. 1991.

ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros 2006.

BORGES, Marcos Afonso. *Princípios do direito processual: civil e agrário*. Belém: CEJUP, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015

BRASIL. *Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15478.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

BRASIL. *Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

BRASIL. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

BRASIL. *Lei n. 12.008, de 29 de julho de 2009*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp n. 965.597/PE*. Quinta Turma. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: José Nascimento da Silva. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 23 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8880888/recurso-especial-resp-965597-pe-2007-0151676-9/relatorio-e-voto-13983772>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. *Súmula n. 47*. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=47&PHPSESSID=f2a3nhiqcvr82dk0jhb67v1kt1>>. Acesso em: 26 fev. 2015

BUZAID, Alfredo. Do processo agrário. In: BUZAID, Alfredo. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17-30.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

CESARINO JUNIOR, A. F.; CARDONE, Marly. *Direito social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1976.

DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 427-439.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma. In: ANUARIO de Derecho Constitucional Latinoamericano: 2006. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2006. t. 2. p. 353-376. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.1/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso y el Derecho Constitucional Procesal. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Barcelona: Marcial Pons, 2013. (Proceso Y Derecho) p. 133-137. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3384/10.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciado 2. Excetuando-se os embargos de declaração, cujo prazo de oposição é de cinco dias, os prazos recursais contra decisões de primeiro grau no âmbito dos Juizados Especiais Federais são sempre de dez dias, independentemente da natureza da decisão recorrida. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciado 65. Não cabe a prévia limitação do valor da multa coercitiva (astreintes), que também não se sujeita ao limite de alçada dos Juizados Especiais Federais, ficando sempre assegurada a possibilidade de reavaliação do montante final a ser exigido na formado parágrafo 6º. do artigo 461 do CPC. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciado 101. A Turma Recursal tem poder para complementar os atos de instrução já realizados pelo juiz do Juizado Especial Federal, de forma a evitar a anulação da sentença. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciado 102. Convencendo-se da necessidade de produção de prova documental complementar, a Turma Recursal produzirá ou determinará que seja produzida, sem retorno do processo para o juiz do Juizado Especial Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. Enunciado 103. Sempre que julgar indispensável, a Turma Recursal, sem anular a sentença, baixará o processo em diligências para fins de produção de prova testemunhal, pericial o elaboração de cálculos. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2015

GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*: Ministério Público, tutela dos direitos individuais e coletivos e acesso à Justiça. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GONZALEZ GARCIA, Jesús María. *La proliferación de procesos civiles*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 175-204.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie et al (Coord). *'Ativismo' judicial e o garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 351-382.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 82, p. 45-79, abr./jun. 2013.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade*: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da fazenda pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de estado*: questões institucionais para a construção de um estado de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243-271.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 34, 2003.

KURCZYN VILLALOBOS, Patrícia; REYNOSO CASTILLO, Carlos; SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo. *La justicia laboral*: administración e impartición. Ciudad del Mexico: UNAM, 2005.

LACERDA, Galeno. Eficácia da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais. In: CARVALHO, Carlos Henquie (Colab.). *Uma vida dedicada ao direito*: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 173-182.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 2, n. 3, p.74-86, jan./jun. 1961.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo civil no processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1983.

- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAIS, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 290-299.
- MARINONI, Luiz Guilherme *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTINS, Soveral. *Processo e direito processual*. Coimbra: Centelha, 1985. v. 1
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: sexta serie*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 193-208.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de direito processual do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- NOGUEIRA, Carlos Alberto. Las transformaciones del proceso civil y la política procesal. In: BERIZONCE, Roberto O. et al. *La justicia entre dos épocas*. Buenos Aires: LEP, 1983. p. 15-56.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMENTE, Ricardo (Coord). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992. v. 4.
- OVALLE FAVELA, José. *Teoría general del proceso*. 6. ed. Ciudad del Mexico: Oxford, 2005.
- PAULA, Adriano Perácio de. *Direito processual do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- Rocha, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- SANTOS AZUELA, Héctor. La teoría general del proceso en el sistema del Derecho Procesal Social. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Mexico (DF), v. 34, n. 101, p. 567-588, mayo/ago. 2001. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/101/art/art6.pdf>>. Acceso en: 26 abr. 2002
- SAVARIS, José Antônio. *Direito processual previdenciário*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- SILVA, Moacir Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de pequenas causas*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985.
- Silva, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O direito processual e o direito administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. *Direito processual público: a fazenda pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 15-30.
- TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela de ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TUCCI, José Rogério Cruz. e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A outra realidade: o  
panconstitucionalismo nos  
Isteites**

**Another reality: the  
“panconstitucionalism” in the  
States**

Thiago Aguiar de Pádua

Fábio Luiz Bragança Ferreira

Ana Carolina Borges de Oliveira

# A outra realidade: o panconstitucionalismo nos Isteites\*

## Another reality: the “panconstitutionalism” in the States\*\*

Thiago Aguiar de Pádua\*\*\*

Fábio Luiz Bragança Ferreira\*\*\*\*

Ana Carolina Borges de Oliveira\*\*\*\*\*

### RESUMO

O presente artigo é fruto de um estudo acerca do artigo escrito por Lênio Streck em sua coluna semanal *Senso Incomum*, no *site* Consultor Jurídico, com o título *O realismo jurídico ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’*. Para tanto, serão analisadas as bases do realismo jurídico nos Estados Unidos e será feita uma breve contextualização do pensamento de Streck, indicando algumas das suas principais teses ventiladas. Passaremos ao estudo do realismo jurídico no Brasil e suas — prejudiciais — consequências. Esse artigo se insere na teoria do Direito Constitucional e Direito Comparado e busca fazer uma análise crítica ao pensamento de Luís Roberto Barroso no contexto constitucional brasileiro. Por fim, a pesquisa utilizou a metodologia analítico-dogmática, em que se partiu de uma dimensão analítica, momento em que foram analisados os conceitos jurídicos como: realismo jurídico, pós-positivismo; para, posteriormente, analisar a crítica a teoria atual do pós-positivismo. Ao final, concluiu-se que não há no Brasil, em alguma medida e em certo sentido, um DNA jurídico a partir da análise das proposições e atuações judiciais do Ministro Luis Roberto Barroso.

**Palavras-chave:** Panconstitucionalismo. Princípio. Realismo jurídico. Pós-positivismo. Juristocracia.

### ABSTRACT

The present article is the result of a study about the article written by Lênio Streck in his weekly column *Uncommon Sense*, with the title “The legal realism or ‘when all might be unconstitutional’” (*Conjur*). Indeed, we analyzed the foundations of legal realism in the United States and provide a brief contextualization about the thought of Lênio Streck, indicating some of its main theses. We pass to the study of legal realism in Brazil and its - harmful - consequences. This article fits into the theory of Constitutional Law and Comparative Law, and seeks to make a critical analysis of the thought of Luis Roberto Barroso in Brazilian constitutional context. Finally, the research used the analytic-dogmatic methodology, where it was based on an analytical scale, at which the legal concepts were analyzed as: legal realism, post-positivism; for later analysis to criticize the current theory of the so

\* Recebido em 30/10/2014

Aprovado em 28/12/2014

\*\* Registre-se que as partes foram elaboradas de maneira separada, e cada um dos três autores escreveu uma parte distinta. Em ordem alfabética com relação ao primeiro nome dos autores, Ana Carolina Borges de Oliveira escreveu sobre o último item (“A ausência de DNA jurídico constitucional das decisões, e a conclusão”), Fábio Luiz Bragança Ferreira escreveu sobre o segundo item (“As bandeiras levantadas por Lênio Streck no contexto do Realismo Jurídico”) e Thiago Aguiar de Pádua escreveu sobre o primeiro item (O Realismo Jurídico Norteamericano). Cada autor é responsável por suas próprias elaborações, apenas e tão somente. Agradecemos especialmente ao professor Carlos Ayres Britto, em razão de ter sido o autor mediato da provocação; o artigo foi elaborado como trabalho final da disciplina “Teoria e Realidade dos Direitos Fundamentais”, no primeiro semestre de 2014.

\*\*\* Mestrando em Direito pelo UniCEUB. Pesquisador-Discente do CBEC. Advogado. E-mail: tsapadua@gmail.com

\*\*\*\* Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Mestrando em Direito pelo UniCEUB. Bolsista CAPES. Advogado. Email: fabiolbf@outlook.com

\*\*\*\*\* Mestranda em Direito pelo UniCEUB. Pós-Graduada pelo IDP. Advogada. Bolsista CAPES. E-mail: anacarolinaboliveira@gmail.com

caled post-positivism. At the end, it was concluded that there is not a “Judicial DNA” in Brazil, in some sense and extent, from the analysis of propositions and judicial actions of the Justice Luis Roberto Barroso.

**Keywords:** Panconstitucionalism. Principles. Legal realism. Post-positivism. Juristocracy.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de um estudo acerca do artigo escrito por Lênio Streck em sua coluna semanal *Senso Incomum*, no *site* Consultor Jurídico, com o título *O realismo jurídico ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’*.

Assim, analisaremos as bases do realismo jurídico nos Estados Unidos, já que esse tema configura o início dos estudos de Lênio Streck no referido artigo. Após, será feita uma breve contextualização do pensamento de Streck, indicando algumas das principais teses que fundamentaram o trabalho do autor, no do contexto do seu artigo.

E, por fim, após a abordagem sobre o realismo jurídico norte-americano, bem como sobre o pensamento de Lênio Streck, passaremos ao estudo do realismo jurídico no Brasil e suas — prejudiciais — consequências. Tem-se como suporte a afirmação de Streck no sentido de que o “realismo jurídico baseia-se na concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico”<sup>1</sup>; e, por isso, o direito passa a ser o que os tribunais dizem que ele é. Nesse contexto, o ponto de partida da análise sobre o realismo jurídico será a entrevista concedida por Luís Roberto Barroso, ao *Jornal Folha de S. Paulo*, em 22 de dezembro de 2013, à qual Streck se refere no seu artigo.

Importante destacar, também, que o presente trabalho não busca esgotar todas as possíveis análises do texto, mas tão somente trazer alguns comentários e desdobramentos, que podem ser retirados da análise de Lênio Streck, com base em outros autores do Direito Constitucional.

## 2. O REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

O artigo de Lênio Streck, em sua coluna semanal *Senso Incomum*, no *site* Consultor Jurídico, intitulado *O realismo jurídico ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’*, começa com a apresentação de um vídeo de famoso desenho intitulado “Pinky e o Cérebro”, que alguns alunos de Filosofia do Direito legendaram em forma de paródia<sup>3</sup>, e que foi enviado ao articulista pelo seu amigo Dierle Nunes, professor da UFMG.

Menciona-se que o nome do episódio é: “*Are judges humans?*” (tradução livre: os juízes são humanos?), com a clara pretensão de explorar, provocativamente, o “realismo jurídico americano” e servir de ponto de partida para a discussão que permeia todo o restante do texto de Lênio. Daí, esta advertência do autor: “Não leia o resto da coluna sem ver o vídeo”.

1 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

2 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 25 maio 2014.

3 Encontra-se disponível no conhecido site “youtube” <<https://www.youtube.com/watch?v=G9D2tyC-w4k>>, e o vídeo já continha, ao tempo do acesso, quase 30 mil “views”, e cujo upload ocorrera em 7 de junho de 2010, com a chamada: “Pinky e Cérebro e o Realismo Jurídico Norte Americano”, publicado pelo usuário Mateus Miranda, e com a seguinte descrição: “Episódio em que Pinky e Cérebro planejam dominar o mundo por meios jurídicos. A legenda não reproduz o que as personagens falam, uma vez que foi feita para um trabalho de Filosofia do Direito, com o tema “Realismo Jurídico Norte Americano”, da Faculdade de Direito da UFMG. Trata-se, portanto, de uma paródia.” MIRANDA, Mateus. *Pinky e Cérebro e o realismo jurídico norte americano*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G9D2tyC-w4k>>. Acesso em: 25 maio 2014.



Como a sequência é uma candente crítica a Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, presume-se que a ele também se dirige essa observação, como se esse magistrado estivesse diante de um espelho que reflete o personagem Cérebro, ou até mesmo Pinky. Realizamos, a seguir, a transcrição literal desse diálogo fictício, eis que Lênio o considera fundamental para o restante do seu artigo.

**[Narrador]:** em seu laboratório secreto, Cérebro arquiteta mais um plano maléfico para dominar o mundo...

**[Cérebro]:** depois de tantos planos frustrados, cheguei à conclusão de que só conseguirei dominar o mundo por meios jurídicos. Até porque, ninguém respeita um rato cientista...

Mas basta um rato juiz dizer “cumpra-se” e todos obedecem.

Juízes não são seres comuns, são criaturas divinas. E é como juiz que me tornarei um DEUS, serei adorado e então controlarei o mundo!!

Mas primeiro preciso doutrinar alguns idiotas... [Alusão ao seu companheiro Pinky, que passara gritando como um lunático]

**[Cérebro]:** Pinky, você não vê que para eu me tornar um juiz, é absolutamente necessário que você se concentre e me ajude a memorizar todas as leis?

**[Pinky]:** isto já não é uma lei?

**[Cérebro]:** não, Pinky. As leis ... PINKY! Como juiz poderei criar leis!

**[Pinky]:** claro que pode Cérebro. Não interessa o que as normas dizem, apenas o que os juízes dizem que as normas dizem.

O direito está nas sentenças!! Nós vamos dominar o mundo!! Lálálá... Nós seremos juízes.

**[Cérebro]:** nós.. hehe... Menos, muito menos. Pinky, você ainda tem muito o que aprender! Deixa eu te explicar melhor meu plano...

**[Cantando como eu um musical]:** valendo-me do instrumentalismo / O direito servirá para a satisfação / Da minha vontade particular / Juntos nos tornaremos fortes / Juízes em suas cortes / Mas o Mundo, eu é que vou dominar, apenas EU! / MA-NI-PU-LAR / Teorias econômicas / RE-GU-LA-MEN-TAR / A vida das pessoas / Aqui nos Estados Unidos o Direito é realista / O juiz é a justiça / Ao lado da sentença / No Direito não há verdade / E isso não é mentira / É só o nosso plano / Calado, idiota / MA-NI-PU-LAR / Teorias econômicas / RE-GU-LA-MEN-TAR / A vida das pessoas / Minha estratégia para me tornar juiz já está definida, nem o Pinky seria capaz de falhar / Primeiro passar no vestibular / Depois o saco dos professores puxar / Só no último período estudar, para no concurso passar / E nas minhas sentenças / A criação da lei / E quanto mais sentenças / O poder será só meu / A realidade jurídica se concretiza nos tribunais / Aqui, X vezes Y / Não é o Dever-ser / Y é o precedente / E o Dever-ser deve ser o que eu quiser / MA-NI-PU-LAR / Teorias econômicas / RE-GU-LA-MEN-TAR / A vida das pessoas / E nas minhas sentenças a criação da lei / E quanto mais sentenças / O poder será só meu.

**[Pinky]:** será que dessa vez a gente consegue dominar o mundo, Cérebro?

**[Cérebro]:** pelo amor do Logos! Claro que sim.<sup>4</sup> (grifo nosso).

Como paródia, em claro estilo de charge, *mutatis mutandis*, invoca a origem e a explicação mesma desta palavra. Uma das mais expressivas compreensões sobre o que é ou, mais exatamente, o que não é uma “charge” e qual seria a sua função, nos é dada pelo jornalista e professor da Faculdade de Comunicação da UnB, Paulo José Cunha, em sugestivo texto publicado no “Observatório da Imprensa” e abaixo colacionado:

Toda charge é engraçada? Não. Algumas charges são engraçadas? Sim. Mas existem casos em que as charges fazem chorar? Sim. O chargista é um humorista? Não. Então, a charge deve ou não deve ser considerada uma categoria do humor? Sim, deve. Mas como, se muitas vezes a charge não é engraçada, embora seja inteligente? Ah, não complica.

4 MIRANDA, Mateus. *Pinky e Cérebro e o realismo jurídico norte americano*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G9D2tyC-w4k>>. Acesso em: 25 maio 2014

Na verdade, a charge é um bicho muito estranho, meio pedra meio tijolo, situada no limite entre o jornalismo e o desabafo, entre a crítica e o atrevimento. Por isso sai sempre ali, na página de opinião, ao lado do editorial, encostada na coluna das cartas dos leitores. Ou exibida bem na primeira página, só para provocar. A charge perde muito de seu impacto quando vira piada, chiste, gozação gratuita. Vulgariza-se. Pois fazer rir é ofício nobre de humoristas ou palhaços, não de chargistas.

Chargista que se preza não atua no território da gargalhada. O bom chargista é um indutor da reflexão.

Reflexão, eis a palavra-chave que pode explicar a sensação de que alguma coisa está fora da ordem [...] <sup>5</sup>

Por outro viés, em texto já considerado clássico sobre o tema, em se observando a semelhança/diferença entre a “crônica” e a charge, ou mesmo a caricatura, constata-se que:

quando o tema é político, a sátira contida no desenho possui sempre um caráter corretivo: a crítica serve para denunciar erros e restaurar a justiça <sup>6</sup>.

Pois bem, o vídeo nos faz refletir — e seu diálogo provocativo contém inequívocos temas políticos e contemporâneos — para além do claro tom denunciante, reforçado pelo restante do texto de Lênio Streck. Fala-se em dominar o mundo, por meio de atos dos juízes, que substituiriam as leis por suas próprias vontades a partir do acolhimento do realismo jurídico, que ajudaria a manipular teorias e regulamentar a vida das pessoas.

A propósito, Lênio menciona que o realismo jurídico não tem nada a ver com o realismo filosófico, pois este seria “a concepção objetivista do mundo” <sup>7</sup>. Aliás, confira-se pequeno excerto oriundo do artigo desse jurista crítico acerca do realismo jurídico:

Conforme explico em meu *Verdade e Consenso*, realismo e pragmatism(o) são irmãos siameses. As primeiras manifestações pragmaticistas no Direito podem ser encontradas no realismo escandinavo (Alf Ross, Olivecrona) e norte-americano (Wendell, Pound e Cardozo), daí a “semelhança” entre as duas posturas sobre o direito (realismo jurídico e pragmatismo). Para os adeptos do pragmatismo, não se deve conferir “autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas práticos. Para o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do Direito, mas, na ,r parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é a previsão ‘exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário. Contemporaneamente, o pragmatismo pode ser identificado sob vários matizes, como a análise econômica do direito, de Richard Posner, nos *Critical legal studies* e nas diversas posturas que colocam na subjetividade do juiz o *locus* de tensão da legitimidade do direito (protagonismo judicial). O pragmatismo pode ser considerado uma teoria ou postura que aposta em um constante “estado de exceção hermenêutico” para o direito; o juiz é o protagonista, que “resolverá” os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Trata-se, pois, de uma tese anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do direito. No Brasil, o direito alternativo tinha raízes realistas. Nas práticas judiciárias, não é difícil encontrar uma série de manifestações realistas.

O jusfilósofo espanhol Garcia Figuerola é contundente, ao dizer que “na atualidade, parece haver uma espécie de realismo jurídico inconsciente na “motivação” dos juízes nos processos judiciais. Afinal, o realismo jurídico baseia-se na concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico. E isso acontece porque os juristas — em especial os juízes — descreem da capacidade justificadora do sistema jurídico. O realismo é cético diante das normas, pois a considera “puro papel até que se demonstre o contrário”. Assim, a vida do direito é “experiência”. Por isso, direito passa ser aquilo que os juízes dizem que é”.

Desse modo, quando você ouve alguém dizer que “o-direito-é-aquilo-que-os-tribunais- dizem-que-é”, bingo! Está diante de uma postura realista (ou de uma *Pantoffel theses* do realismo). Compreendeu? Por

5 CUNHA, Paulo José. *Telejornalismo em close*: charge na TV, por enquanto, pouco a ver. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/showNews/qtv030620031p.htm>> Acesso em 25 maio 2014.

6 NERY, L. M. Caricatura: cartilha do mundo imediato. *Revista Semear* (PUCRJ), Rio de Janeiro, v. 7, p. 127-144, 2002.

7 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acesso em: 26 maio 2014.

isso, a estorinha do Pinky e do Cérebro retrata um pouco dessa velha corrente que — mesmo em tempos de intersubjetividade — ainda aposta no ceticismo em relação às normas e em raciocínios decorrentes de processos psicológicos.

No fundo, as posturas realistas e suas congêneres — lembremos que Posner é um pragmatista, que mata a sede no realismo — desconfiam da malta que vota. Desconfia das Instituições, a não ser a mais imaculada: o Judiciário. Por isso, o realismo (e seus genéricos) é também chamado de positivismo fático. Para quem gosta de estudar os mistérios do positivismo, saiba logo — e tenho insistido muito nisso — que positivista não é apenas o do velho formalismo (exegético-legalista). É muito mais do que isso. Enfim...”<sup>8</sup>.

Necessário distinguir: a) “Realismo” de b) “Pragmatismo”. Um livro seminal que explica a origem das ideias americanas é o famoso “The Metaphysical Club”, de Louis Menand e que é o epicentro da análise realizada por Arnaldo Godoy em seu “Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano”<sup>10</sup>.

O chamado “pragmatismo” é o “pano de fundo filosófico do realismo jurídico norte-americano”, cuja preocupação reside em investigar o que pensam as pessoas, sem que se indaguem os motivos pelos quais as pessoas pensam, e tal modelo é apreendido na seguinte sentença, representativa desse ideário: “porque precisaríamos saber algo que já fazemos naturalmente?”<sup>11</sup>.

O conceito central do pragmatismo, do ponto de vista jurídico, foi formulado por Oliver Wendell Holmes Jr, na afirmação de que “*first we decide, than we deduce*”, vale dizer, primeiro o juiz decide e, em seguida, justifica sua decisão, formulando mecanismos lógicos de dedução<sup>12</sup>.

Conforme apontado por Godoy, o pragmatismo abandona tradicionais modelos de verdade, racionalidade e objetividade, promovendo, assim, certo niilismo e ceticismo que subverteriam a liberal democracia; neste sentido, o pragmatismo centrar-se-ia na questão da “verdade”, concebendo-a como aquilo que se admite como tal<sup>13</sup>.

O pragmatismo americano foi fortemente influenciado por Charles Darwin e por John Stuart Mill, e se desenvolveu nos meios acadêmicos, primeiro em Harvard com Charles Sanders Peirce e William James, e depois em Chicago e Nova Iorque, quando se torna filosofia nacional a partir da forte influência de John Dewey. Influenciou, ainda, o cientista Thomas Kuhn, cuja obra *A Estrutura das Revoluções Científicas* tornou-se presença obrigatória no discurso epistemológico contemporâneo<sup>14</sup>.

Interessante nisso tudo é o fato de que o núcleo original dos ideólogos do pragmatismo era um grupo que se autointitulava “*The Metaphysical Club*” ou “*O Clube Metafísico*”, e se reunia para discutir temas que vieram a influenciar juízes, professores, políticos e profetas sociais nos Estados Unidos, a partir de 1870<sup>15</sup>.

Tomavam parte nessas reuniões os seguintes vultos: William James, então professor em Harvard; Oliver Wendell Holmes Jr., que viria a ser Juiz da Suprema Corte Americana; Chauncey Wright, filósofo da ciência; Charles Sanders Peirce, cientista e também teórico da ciência, além dos advogados Nicholas St John Green e Joseph Bangs Warner. Desse grupo, James veio a ser reconhecido como o divulgador do pragmatismo, Holmes como o ícone da Sociologia Jurídica, enquanto Peirce ganhou o *status* de fundador da teoria dos signos, que viria a ser explorada na Europa por Ferdinand de Saussure<sup>16</sup>.

8 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional?”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

9 MENAND, Louis. *The metaphysical club*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

10 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013.

11 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 25.

12 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.

13 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.

14 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 25-26.

15 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 26.

16 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.

A propósito, Pierce mencionava que o uso dos signos é atividade interminável, pois assim como não se consegue sair de um dicionário, porque uma palavra leva a outra, do mesmo modo não conseguimos escapar do universo simbólico, porque cada símbolo nos envolve e nos remete sempre para outras referências<sup>17</sup>.

Tal assertiva seria ainda mais evidenciada pelo fato de o pragmatismo ser percebido em autores tão distintos como Benjamin Cardozo, que foi Juiz da Suprema Corte Americana; Artur Scheslinger Jr, que se vinculou à administração Kennedy; e Harold Bloom, famoso e influente crítico literário<sup>18</sup>.

O pragmatismo vem impugnar qualquer ideia de neutralidade, insistindo num comportamento comprometido do pensamento, bem como na relação existente entre fins e meios. Afirma-se: “quando se diz a uma criança que o mundo é assim mesmo, não se está fazendo observação neutra ou vazia de intenção prática”<sup>19</sup>.

Assim, humanismo, pragmatismo, pragmaticismo e instrumentalismo seriam expressões convergentes para o núcleo conceitual do movimento, segundo o qual “todo o conhecimento o é para alguma coisa”<sup>20</sup>.

Com efeito, o Realismo Jurídico Norte-Americano seria a versão forense do pragmatismo, pretendendo ler a vida a partir de uma visão relativista, de experimentalismo e otimismo, em que o “jogo da justiça” será dissecado, vale dizer, a verdade dos autos irá ceder à verdade da circunstância, em razão da inadmissibilidade de uma verdade que se possa chamar de real<sup>21</sup>.

Alega-se que o Realismo Jurídico Norte-Americano teria levado ao limite a premissa segundo a qual os juízes primeiro decidem e somente depois deduzem, logicamente, a fundamentação. Ou seja, ao ver dos Realistas, o pensamento seria instrumento para ajuste das condições de vida, enquanto as reflexões jurídicas seriam mecanismos de resolução de problemas concretos<sup>22</sup>. A propósito, lê-se em Frank que os juízes, intuitivamente, decidem primeiro e só depois, trabalhando “para trás”, saem em busca de fundamentos lógicos para as suas decisões<sup>23</sup>. Afinal, como dizia Holmes, “a qualquer conclusão pode-se dar forma lógica”.<sup>24</sup>

Arnaldo Godoy observa que o pensamento jurídico brasileiro atual vive mais uma crise, na qual patina entre a transição do formalismo de feição positivista para o “neoformalismo” pretensamente crítico, mas “incapaz de transcender à neodogmática” de teorias sistêmicas, neocontratualistas e aliciadoras de uma suposta razão comunicativa, pilares de um discurso vazio, atuando como “agente de um neokantismo que não se tem coragem de abandonar”<sup>25</sup>.

Os fatos determinariam as decisões e, por essa razão, a crítica à apropriação da lógica pelo direito e à sentença de Holmes, que servia de mote para os Realistas, afirmando que direito não é lógica, e sim experiência<sup>26</sup>.

Observa-se que a herança e as influências do Realismo Jurídico norte-americano ensejariam o que se denomina de “teoria da ferradura”, para a qual este movimento teria oxigenado tendências que se identificam tanto com a direita quanto com a esquerda do pensamento jurídico americano<sup>27</sup>. Nesse sentido, mais à direita, evidenciam-se os vínculos do Realismo com o movimento “Direito & Economia” (*Law and Economics*), na versão inicial enunciada por Richard Posner<sup>28</sup>.

Por outro lado, mais à esquerda, são também claras as relações do realismo norte-americano com o movimento “*critical legal studies*”, na sua percepção originária, a partir de Roberto Mangabeira Unger, Mark

- 17 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.
- 18 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.
- 19 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 28.
- 20 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 28.
- 21 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 33.
- 22 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 33.
- 23 FRANK, Jerome Frank. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001. p. 92.
- 24 BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, [1951?]. p. 39.
- 25 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013, p. 5-6.
- 26 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 5-6.
- 27 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 5-6.
- 28 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 6-7.

Tushnet e Duncan Kennedy<sup>29</sup>.

Não por acaso, tornou-se famoso discurso de Elmira (*Speech before the Elmira Chamber*) proferido por Charles Evans Hughes em 1907, três anos antes de ser nomeado para a Corte Suprema, da qual viria a ser presidente, ao dizer que “Estamos submetidos a uma Constituição, mas a Constituição é o que os Juizes dizem que ela é”<sup>30</sup>. Essa é a faceta mais recordada quando se pensa em ativismo judicial ou em realismo jurídico.

Outra célebre passagem de Cardozo expõe as vísceras realísticas. Disse ele, então, que: “o que realmente importa é que, dentro dos limites de seu poder de inovação, o juiz tem o dever de manter uma relação entre o Direito e a moral, entre preceitos da filosofia do Direito e os preceitos da razão e da boa consciência”<sup>31</sup>.

Em boa medida, parece que tem razão Canotilho<sup>32</sup> quando afirma que, de uma forma, historicamente, a Constituição de uma comunidade organizada assentou sempre em três pilares, quais sejam, o *poder*, o *dinheiro* e o *entendimento*, e que, no modelo liberal e no modelo republicano de constitucionalismo, a articulação desses pilares pressupunha — e pressupõe até hoje — compreensão distinta do estado burocrático, da economia capitalista e da sociedade civil. A disputa pela herança do realismo jurídico entre diferentes grupos parece ser disso uma prova candente.

Talvez também seja este o motivo pelo qual Louis Menand afirmou que já se passara bastante tempo desde as primeiras reuniões dos membros do “Clube Metafísico”, em Cambridge, para discutir o lugar das ideias após a Guerra Civil Americana, e que hoje aquelas pessoas e suas ideias parecem bastante familiares para nós em mais de uma maneira<sup>33</sup>.

São esses, em síntese, os elementos críticos contidos no vídeo do “Cérebro e do Pinky”, e é este, a propósito, o eixo crítico da fina ironia de Lênio Streck sobre o pensamento jurídico brasileiro, em geral, e sobre Luís Roberto Barroso, em particular, e mais especificamente sobre a polêmica envolvendo as suas entrevistas e seus votos como “motor da história”, que serão abordados nos itens seguintes.

### 3. AS BANDEIRAS LEVANTADAS POR LENIO STRECK NO CONTEXTO DO REALISMO JURÍDICO

Pretende-se indicar nesta seção algumas das principais teses utilizadas por Streck em seu artigo *O realismo jurídico ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’*. A seguir, trataremos de apresentar os principais fundamentos de duas teses sustentadas por Streck em suas obras: o chamado pamprincipiologismo — termo cunhado por esse jurista crítico — e o decisionismo ou ativismo judicial.

Como se verá, existe, entre essas duas “categorias”, relação de causa e efeito. Ou seja, o uso indiscriminado de princípios jurídicos (pamprincipiologismo), notadamente no âmbito da jurisdição constitucional, funciona como uma das condições de possibilidade do ativismo judicial<sup>34</sup>.

Antes de seguirmos em frente, é necessário abrir um parêntese: o termo *ativismo judicial* é utilizado de forma bastante diversa por Lênio Streck e pelo ministro Luís Roberto Barroso — homenageado com a crítica de Streck em razão da sua recente entrevista à *Folha de S. Paulo*<sup>35</sup>. O mais recente ministro do STF entende

29 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 7-8.

30 LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à Constituição Americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2001. p. 10.

31 CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 98.

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 21.

33 MENAND, Louis. *The metaphysical club*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. p. 442.

34 STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24; STRECK, Lênio Luiz. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

35 BARROSO, Luís Roberto. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26

que o ativismo judicial nada mais é que um modo proativo de interpretar a Constituição Federal e que, no caso brasileiro, essa atitude decorre naturalmente da retração do Poder Legislativo e do descompasso entre a classe política e a sociedade civil, circunstância que impede “que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”<sup>36</sup>. Streck, por outro lado, emprega de forma pejorativa o termo *ativismo judicial*, entendendo-o como uma forma de atuação inadequada da jurisdição constitucional porque — descumprindo seu papel dentro do Estado Democrático de Direito e de forma ilegítima —, usurpa as funções do Poder Legislativo. O *ativismo judicial*, pela doutrina de Streck, implica a “falta de limites no processo interpretativo”<sup>37</sup>, possibilitando a conclusão de que “o-direito-é-aquilo-que-os-tribunais-dizem-que-é” — postura típica do realismo jurídico norte-americano<sup>38</sup>.

Ainda em relação ao parêntese, um último comentário. Quando o ministro Barroso afirma que o antônimo de *ativismo judicial* é *autocontenção judicial*, argumentando que essa autocontenção se caracteriza pela “forte deferência às ações e omissões” dos poderes políticos<sup>39</sup>, ele parece estar, com a devida vênia, atestando a tese de Streck de que o *ativismo judicial* configura, em ,r ou menor medida, “corrupção na relação entre os Poderes”<sup>40</sup>, ou seja, usurpação de poder político. Nesse sentido basta lembrar a opinião do ministro sobre o Judiciário como *motor da história* na entrevista à *Folha de S. Paulo*. E aqui fechamos o parêntese.

Retornando à linha de raciocínio central, Streck assenta as bases filosóficas da sua doutrina sobre o chamado giro linguístico (*linguistic turn*), a partir do qual a linguagem assume centralidade na solução dos problemas filosóficos e condiciona a atribuição de sentidos. Ou seja, para Lenio Streck, o centro das questões acerca da autonomia do Direito está “nas condições *pelas* quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo”<sup>41</sup>. E essa virada linguística teria operado a superação do subjetivismo (*esquema sujeito-objeto*)<sup>42</sup>.

Assentadas as bases filosóficas da sua doutrina, Streck afirma que a “era dos princípios constitucionais” é decorrência não só do surgimento de novos textos e ordens constitucionais, mas também da positivação dos valores, circunstância que “facilita a ‘criação’ de todo tipo de princípio”<sup>43</sup>. Essa proliferação representa o aumento na dificuldade de se reconhecer o *DNA* jurídico de diversos princípios, o que acarreta uma fragilização do direito e dificulta a busca pela sua autonomia. A criação de um princípio serviria como álibi

---

maio 2014.

36 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 363-366.

37 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 64.

38 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

39 BARROSO, Luís Roberto. Inércia do congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2014.

40 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p.65.

41 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 524.

42 A explicação de Streck para as causas que deram impulso ao uso indiscriminado de princípios em terras brasileiras é de cariz filosófica e atinge notável profundidade. Em apertadas linhas nos parece possível afirmar que na visão desse jusfilósofo a raiz do problema da discricionariedade se encontra na não superação do esquema sujeito-objeto a partir do qual o indivíduo cognoscente “assujeita” as coisas/estruturas (paradigma da subjetividade). Esse esquema, segundo Streck, foi superado pelo giro linguístico (*linguistic turn*) a partir do qual todo problema filosófico tem seu *locus* transferido da consciência do sujeito para a linguagem; o sentido não está mais na consciência do sujeito, mas na linguagem. Nesse cenário é que se estabelece a matriz linguística que, nas palavras de Ernildo Stein, “ao mesmo tempo nos sustenta, na qual nos movemos e de quem nunca somos proprietários”. O significado/sentido da linguagem, por sua vez, é obtido a partir da historicidade e “é a partir dela que podemos compreender os limites da interpretação.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 10-ss; e STEIN, Ernildo. Prefácio. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

43 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 525.

para decisões que violam os limites semânticos do texto constitucional, sendo possível afirmar que “na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo”<sup>44</sup>. Ou seja, seriam enunciados criados *ad hoc*, tautológicos, a partir dos quais qualquer resposta pode ser correta. Nesse contexto, Streck apresenta um elenco de 39 (trinta e nove) princípios que seriam exemplo do “estado das coisas”<sup>45</sup>. Dentre eles, o princípio da não surpresa, o princípio da afetividade, o princípio do processo tempestivo, o princípio da alteridade e o princípio da humanidade.

A questão referente ao abuso de princípios pela jurisdição constitucional também recebeu atenção do destacado jurista Marcelo Neves que, em ácido artigo publicado pelo Observatório Constitucional, citou os casos da declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que autorizava briga de galos<sup>46</sup> (ADI 1.856/RJ), e o da delimitação de competências do CNJ, em que se debateu a constitucionalidade dos dispositivos da Loman que impunham o julgamento secreto dos magistrados (ADI 4.638/DF). Ambos os casos foram decididos com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o constitucionalista, o primeiro caso deveria ser solvido com base no artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição Federal, e o segundo permitiria inferir que “a dignidade da pessoa humana pertence aos magistrados, não aos cidadãos comuns, julgados publicamente.” Defende a tese de que o deslumbre das categorias do “neoconstitucionalismo” e a consequente trivialização/banalização no trato dos princípios constitucionais servem, inclusive, “para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas”, tendo em vista que o uso e a criação indiscriminada de princípios jurídicos justificam sua aplicação “a qualquer situação, comportando todos os sentidos, conforme o contexto do ritual ou da magia. sem critérios.”

Essa é, portanto, uma breve descrição do cenário a partir do qual é elaborada uma parte das críticas de Streck, em que pretende desenvolver a tese de que, dentro daquilo que chama de Teoria da Decisão Judicial, a hermenêutica tenha como tarefa principal preservar a força normativa da constituição e a autonomia do direito<sup>47</sup>. Quanto às ameaças à autonomia do direito, Streck aponta para duas espécies: (i) *predadores endógenos* — o senso comum teórico acrítico da dogmática jurídica; o pan-principiologismo; os embargos de declaração; as teses que relativizam a coisa julgada; e a aposta na discricionariedade judicial; e (ii) *predadores exógenos* — o uso da moral como corretiva do direito; as constantes reformas políticas que fragilizam os direitos fundamentais; e o discurso *law economics*, que pretende colocar o direito como caudatário de decisões pragmaticistas<sup>48</sup>.

Como base no que vimos até aqui, e acolhendo as lições Ferreira, de que “para Jerome Frank, um dos corifeus do movimento norte-americano, as normas legais não constituem a base para a decisão judicial, que estão, em verdade, condicionadas por emoções (o fator primordial para a decretação da sentença são a personalidade do magistrado e as suas convicções pessoais aspecto psicológico)”<sup>49</sup>, nos parece lícito enquadrar o Realismo Jurídico naquilo que Streck chama de predadores exógenos. Ou seja, trata-se de uma teoria que, por sua própria natureza, acaba por desconstruir a autonomia do direito.

Por fim, para rematar essa passagem em que procuramos apresentar os pontos de ligação entre as bandeiras levantadas por Streck (pan-principiologismo e crise das Decisões Judiciais) no contexto do Realismo Jurídico, parece interessante trazeremos à colação o *teste das seis hipóteses*, o qual, com a nítida intenção de

44 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 545.

45 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 526-541.

46 NEVES, Marcelo. *Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 maio 2014.

47 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 600.

48 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 602.

49 REALISMO JURÍDICO. In: FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

limitar a atuação dos magistrados em benefício do texto normativo elaborado na arena democrática (Parlamento), indica as únicas situações em que o Judiciário pode deixar de aplicar uma lei, não agindo como predador da autonomia do Direito<sup>50</sup>:

- a. quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
- b. quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, porque, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c. quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que mudará será o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição;
- d. quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo, sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido;
- e. quando for o caso de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;
- f. quando — e isso é absolutamente corriqueiro e comum — for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiológico. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra — pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão — mas exigirão mesmo — aplicação similar, graças à integridade e coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe — no sentido da *applicatio* hermenêutica — a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, ela só persistirá, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.

#### 4. A AUSÊNCIA DE *DNA* JURÍDICO CONSTITUCIONAL DAS DECISÕES

Após a análise do realismo jurídico norte-americano, bem como do pensamento de Lênio Streck, pasamos ao estudo do realismo jurídico no Brasil e suas — prejudiciais — consequências. Com apoio na afirmação de Streck, de que o “realismo jurídico baseia-se na concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico”<sup>51</sup>, observa-se que o direito passa a ser aquilo que os tribunais dizem que ele é.

Nesse contexto, o ponto de partida da análise sobre o realismo jurídico é a entrevista concedida por Luís Roberto Barroso, à qual Streck se refere, ao jornal *Folha de S. Paulo*, no dia 22 de dezembro de 2013. Nessa

50 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 604-605.

51 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acesso em: 26 maio 2014.



entrevista, o mais recente Ministro do STF faz uma análise sobre o que representa o julgamento do “mensalão” para a sociedade brasileira e para a política<sup>52</sup>.

Barroso entende que nesse julgamento houve mudança na postura do STF, o qual teria adotado uma posição mais dura e punitiva com relação aos acusados, não sabendo pautar se isso será bom ou ruim para a sociedade no futuro. Para ele, o desfecho do processo “mensalão” transmite a mensagem de que se condenou um modelo político adotado em outros governos.

Também, segundo ele, não estamos diante de um momento de excesso de atuação do Poder Judiciário, e sim de escassez de boa política<sup>53</sup>, afirmando ainda não achar justo dizer-se que o STF é pautado pela sociedade.

Ora, daí já se extraem algumas conclusões:

- escassez de boa política não seria igual a excesso de atuação do Judiciário?
- já tivemos boa política, em algum momento histórico brasileiro?
- de onde, afinal, o STF retira sua legitimidade, já que não o é da sociedade?

Como as respostas a tais perguntas podem dar ensejo a um tema alheio ao proposto no início do trabalho, ficam valendo apenas como provocações.

Além disso, Luís Roberto Barroso também chamou todos os atuais políticos de corruptos, pois afirmou “hoje, não há como entrar para a política sem pactuar com esse modelo baseado no dinheiro”; mas, ao mesmo tempo, afirmou que o mensalão do PT foi um “ponto fora da curva”. No mínimo, contraditórias essas palavras do Ministro do STF.

Também, com sua mania de sugerir modelos mistos para descrever a realidade brasileira<sup>54</sup>, Luís Roberto Barroso propõe a criação de modelo de voto distrital misto.<sup>55</sup> E, ainda, corroborando a opinião do ex-presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, Roberto Barroso também entende que o julgamento do STF sobre o mensalão foi político, mas com votos técnicos — realmente, esse método hermenêutico deve ser novo. E, por falar em julgamento político, vale a leitura de instigante artigo, em anexo, sobre o julgamento político do mensalão<sup>56</sup>.

Interessante notar que Luís Roberto Barroso — reitera-se — com o hábito de criar sistemas e modelos novos para o Brasil, acaba sendo, *malgré lui*, o pai do tal pan-principiolgismo, como abordado por Lênio Streck. Passa-se, então, a uma pequena explanação das bases teóricas desse pan-principiolgismo.

52 BARROSO, Luís Roberto. Pós-mensalão: e agora? *Revista Joyce Pascomitch*, Rio de Janeiro, n. 55, p. 54-56, out. 2012.

53 BARROSO, Luís Roberto. Pós-mensalão: e agora? *Revista Joyce Pascomitch*, Rio de Janeiro, n. 55, p. 54-56, out. 2012.

54 É importante, nesse ponto, trazer as observações de Oliveira Vianna sobre o idealismo utópico das elites brasileiras. Segundo Oliveira Vianna, “os países latino-americanos são, com efeito, países todos devastados pela praxe dos ‘transplantes’ ou ‘empréstimos’ culturais em uma infinidade de cousas; mas, principalmente, o são em matéria de instituições políticas e de direito constitucional”. É significativo destacar-se que, no início do século XX, Oliveira Vianna já levantava o problema da tentativa das elites, juristas e legisladores, de importarem modelos para o sistema brasileiro com a intenção de criar novos e melhores costumes, condutas. Em suas palavras, os juristas agem sem nenhum respeito às tradições, à cultura e decretam, por meio de uma nova Constituição, novas condutas que nada têm a ver com a cultura do povo-massa brasileiro. Daí Oliveira Vianna extrai uma das suas principais observações sobre a falta de conexão entre a norma e os costumes, o denominado marginalismo da elite, que decorre do fato de essa elite intelectual do país (juristas) viver entre duas culturas, “a do seu povo, que lhes forma o subconsciente coletivo e a europeia ou norte-americana, que lhe dá as ideias, as diretrizes do pensamento, o paradigmas constitucionais”. VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. Assim, está na hora de os juristas brasileiros pararem de criar modelos mistos [europeu mais norte-americano] para a realidade brasileira.

55 Segundo ele, no modelo distrital misto, o eleitor tem dois votos. Um é majoritário e ele vota em um candidato por distrito [...]; o segundo voto, que vai ser usado para compor a outra metade das vagas do Congresso, é ideológico, ou seja, o eleitor escolhe um partido. Esse voto vai para uma lista preordenada de candidatos elaborada pelo partido. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Pós-mensalão: e agora? *Revista Joyce Pascomitch*, Rio de Janeiro, n. 55, p. 54-56, out. 2012.

56 CÉSAR, Aloísio de Toledo. Desta vez Lula está com razão. *Estadão*. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,desta-vez-lula-esta-com-a-razao-imp-,1160447>>. Acesso em: 26 maio 2014.

Segundo Luís Roberto Barroso, um dos principais formuladores da teoria pós-positivista no Brasil, o direito evidencia um momento de crise existencial, uma vez que o direito positivo não mais consegue responder aos anseios sociais<sup>57</sup>. Para ele, a injustiça “passeia pelas ruas com passos firmes”<sup>58</sup>, e a insegurança é a característica desta era. Por isso, é necessária uma nova forma de pensar o direito, que não tenha apenas a pretensão do império das normas, mas também a visão de novos valores. O pós-positivismo é, para Luís Barroso, a representação dessa nova perspectiva, ou seja, anseia por criar uma teoria que garanta decisões mais justas, como também mais segurança jurídica.

Sob esse prisma, descreve Barroso:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito<sup>59</sup>.

Nesse sentido, segundo seus estudiosos, o pós-positivismo introduziu no ordenamento jurídico, por meio dos princípios, a ideia de justiça e de legitimidade, possibilitando uma reaproximação entre o Direito e a Ética. Foi, então, com o pós-positivismo, que a ideia de valor, atribuído pela sociedade a um determinado fato, passou a ser abrigada pela Lei, como síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema.

Com apenas tais palavras, torna-se nítido o pan-principiologismo desencadeado por esse pós-positivismo que, ressalte-se, é apenas uma designação genérica de um ideário difuso sobre alguma coisa. Assim, adentrando a crítica do pan-principiologismo, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a teoria dos princípios.

Lênio Luiz Streck explica que o juiz, ao se deparar com o julgamento de um caso concreto “pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional”<sup>60</sup>, ou seja, ele não deve aceitar cegamente o precedente. Continua afirmando o Autor, com base na teoria dos princípios de Ronald Dworkin, que os juízes decidem por princípio e não por políticas, pois de um precedente se extrai o princípio aplicável às causas futuras, ou, ainda, como ele mesmo denomina, busca-se encontrar o *DNA* do caso.

Ora, o princípio contém o *DNA* do caso, ou seja, a essência do caso a ser enfrentado, baseado em decisões semelhantes anteriores. Já em *terra brasilis*, o princípio não contém nada além das ideias de justiça e de legitimidade, nas palavras de Luís Roberto Barroso<sup>61</sup>.

O grande estudioso dessa teoria dos princípios no direito norte-americano foi Ronald Dworkin, que, ao criar uma teoria crítica ao positivismo jurídico, defendeu que, ao lado das regras jurídicas, há também os

57 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006. p. 27-28.

58 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006. p. 27-28.

59 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006. p. 27-28.

60 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 47.

61 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006. p. 27-28.

princípios, que possuem as dimensões de validade e de peso<sup>62</sup>. Essa teoria foi desenvolvida justamente para fundamentar esse poder de escolha do juiz ao decidir um caso concreto, já que o positivismo jurídico, por si só, ao entender o sistema jurídico composto exclusivamente de regras, não permitia que o juiz fundamentasse suas decisões em casos complexos, aos quais nenhuma regra jurídica fosse aplicável.

Logo, para Dworkin, os princípios seriam, de modo genérico, todo o conjunto de padrões que não são regras, mas que devem ser observados, não por promoverem ou assegurarem uma situação política, econômica ou social considerável, mas porque constituem uma exigência de justiça ou de equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade<sup>63</sup>, possibilitando ao juiz exercer uma tarefa criadora do direito, ao extrair de um precedente o seu princípio aplicável a casos futuros. Sobre essa teoria, explicam Larry Alexander e Kenneth Kress que “a técnica *dworkiniana* de fazer um apanhado das decisões passadas em uma área do Direito e destilar um princípio jurídico dessas decisões, que não seja (necessariamente) o fundamento declarado para qualquer delas é tão corriqueira que é o padrão da ortodoxia”.<sup>64</sup> Tal atividade pode ser considerada trivial e não específica de certa fase do direito, na qual se critica o positivismo jurídico, quando se verifica que Benjamin Cardozo, no início do século XX, decidiu, no caso *MacPherson versus Motor Company*, que um fabricante tem o dever de inspecionar se seus bens apresentam defeitos que, previsivelmente, poderiam ferir alguém, independentemente da relação contratual entre fabricante e vítima<sup>65</sup>.

Assim, ao decidir esse caso, Cardozo “alegou inferir esse princípio de um caso precedente, embora os casos anteriores nunca houvessem anunciado um princípio tão abrangente”.<sup>66</sup> Verifica-se, diante disso, o que são princípios para o direito da *common law*, como também para *Dworkin* e porque a teoria que defende uso dos princípios, ao lado das regras, surgiu no direito norte-americano, já que são essas as duas fontes do direito nos Estados Unidos.

Além disso, também se observa o enorme poder de criação concedido aos juízes, fazendo com que Ehrlich chegue a afirmar que a única garantia de justiça é a personalidade do juiz<sup>67</sup>. Tem-se, assim, nessas breves palavras, o processo decisório no direito norte-americano.

Entretanto, para a doutrina pós-positivista brasileira ou do neoconstitucionalismo, encabeçada por Luís Roberto Barroso, a Constituição deve ser compreendida em função dos princípios constitucionais. Agora, pergunta-se: o que essa ideia tem a ver com o conceito norte-americano de *princípios*, já que o neoconstitucionalismo tem no direito estadunidense sua fonte direta, ou melhor, em Ronald Dworkin?

Luís Roberto Barroso ainda explica que o pós-positivismo “é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional”<sup>68</sup>. Ainda segundo ele, há “uma valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”<sup>69</sup>.

62 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35 e ss.

63 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35 e ss.

64 ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 434.

65 ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 435.

66 ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 435.

67 CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

68 HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 295.

69 HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 295.

Assim, inicialmente, observa-se que Luís Roberto Barroso baseou-se na teoria de Dworkin, ao tratar do caráter normativo dos princípios jurídicos, já que menciona expressamente o reconhecimento dos princípios jurídicos como normas constitucionais, ao lado das regras de direito, possibilitando a reaproximação do Direito com a Ética. Tudo exatamente como tratado por Benjamin Cardozo, Dworkin e outros, ao afirmarem que o uso dos princípios permite que as decisões sejam baseadas nos hábitos de vida, nas instituições sociais que originaram as concepções judiciárias básicas<sup>70</sup>.

Mais expressamente, ainda, é Paulo Bonavides que chega a dizer que a teoria do pós-positivismo, adotada também no Brasil, foi originada da teoria de Dworkin. Segundo ele:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Ronald Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios<sup>71</sup>.

E Paulo Bonavides continua ao afirmar que Dworkin, como precursor do pós-positivismo, reconhece a possibilidade de que tanto as regras como os princípios possam impor uma obrigação legal<sup>72</sup>. E, ainda, baseado na teoria de Dworkin, Paulo Bonavides afirma que graças a esse reconhecimento da normatividade dos princípios por Dworkin, “os princípios são o oxigênio das Constituições da época do pós-positivismo” e “graças aos princípios os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”<sup>73</sup>.

Finaliza Luís Roberto Barroso afirmando que “o pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito de positivismo normativo, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo”<sup>74</sup>. Já que essa teoria faz uma reaproximação da Ética com o Direito, reconhece a normatividade dos princípios e estabelece que as normas constitucionais são formadas por princípios e regras de igual importância dentro do ordenamento jurídico.

Passa-se, então, a um exemplo claro desse pan-principiologismo, ou melhor, de como o STF reconhece a normatividade dos princípios, nas palavras de José Levi do Amaral Junior:

Com efeito, o financiamento de campanhas eleitorais não encontra na Constituição de 1988 parâmetro de controle de constitucionalidade minucioso. Por exemplo, parâmetro claro no assunto encontra-se no artigo 17, inciso II, que proíbe aos partidos políticos o “recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes”. Não é preciso, e esforço de interpretação para aplicar esse dispositivos às campanhas eleitorais. Vale observar que o próprio Relator anotou que não consta da Constituição “tratamento específico e exaustivo no que concerne ao financiamento de campanhas eleitorais” (Informativo 732 do STF, ADI e financiamento de campanha eleitoral — 3).

Tanto isso é verdade que os votos proferidos manejaram, como parâmetros de controle, princípios constitucionais bastante amplos, como o republicano, o democrático, o da separação dos poderes, o da liberdade de expressão e, em especial, o da igualdade[...].

[...] Em obra clássica, Thomas Cooley já ensinava: “Se os tribunais não têm liberdade para declarar leis írritas por causa de sua aparente injustiça ou má política, também não podem fazê-lo porque parecem aos julgadores violar princípios fundamentais do governo republicano, a menos que se pense que esses princípios estão colocados pela Constituição fora da disposição legislativa” (COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*, 6ª edição, Boston: Little, Brown, and Company, 1890, p. 169). Logo adiante completa:

70 CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956. p. 7.

71 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 274.

72 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 275.

73 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 298.

74 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v.1, n. 6, p. 9-44, set. 2001. p. 31.

“Nem sequer as cortes são livres para declarar uma lei írrita porque em sua opinião opõe-se ela ao espírito que se supõe permear a Constituição, mas não expresso em palavras” (COOLEY, *Treatise on the constitutional limitations...*, p. 171).

Ora, não há dúvida: o princípio republicano é essencial à Constituição de 1988 e, por isso mesmo, é indisponível ao legislador. Porém, dele não deriva um determinado modelo de financiamento de campanhas eleitorais. Tanto isso é verdade que o constituinte não se ocupou do assunto de modo explícito e detido<sup>75</sup>.

Por essa razão, é possível chegar-se a afirmar, juntamente com José Levi do Amaral Júnior, que “só resta a nós, cidadãos, nos convenceremos do impensável: a Constituição não é nossa, mas de alguns poucos em quem sequer votamos. O perigo é alguém acabar convencido da inexistência do parágrafo único do artigo 1º da Constituição ou de que dele não consta a fórmula ‘representantes eleitos’.”<sup>76</sup>

Na mesma esfera, Streck defende que “em uma democracia constitucional, são os próprios cidadãos, mediante seus representantes políticos ou diretamente, quem tem o direito de definir o que consideram relevante do ponto de vista da igualdade e da desigualdade, sobre o pano de fundo de uma história política de aprendizado constitucional vivido com a experiência da violação da igualdade, que não deve admitir retrocessos, embora eles possam acontecer”<sup>77</sup>.

Fica a dica: não confundir democracia com juristocracia<sup>78</sup>. E por falar em juristocracia, ressaltem-se as palavras de Luís Roberto Barroso:

“E logo que o povo saiu da rua essa agenda foi desarticulada (se refere à reforma política). Espero que a decisão do Supremo recoloque essa questão na agenda do Congresso<sup>79</sup>. Mas acho que esta é uma competência política, decisão política que tem que tomar quem tem voto. Agora a inércia do Congresso traz riscos para a democracia. E proteger as regras da democracia é um papel do Supremo”<sup>80</sup>.

Na *civil law*, como explica Lênio Streck, “apenas é possível aferir-se a importância da jurisprudência se levarmos em conta sua relação com a lei”<sup>81</sup>, já que é um sistema que tem como fonte primordial do direito a lei. Entretanto, como o mesmo Streck explica, ao menos deveria ser assim no Brasil, mas não é o que ocorre, onde há um “imperialismo da jurisprudência”, como se observa do teor da Súmula Vinculante 10, que gera um modo de burlar a aplicação da lei em detrimento dos entendimentos jurisprudenciais.<sup>82</sup>

Logo, como observa Streck, “em tese, em um sistema com origem romano-germânica, as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas em um texto legal, votado democraticamente”. O que não ocorre no Brasil, pois, com base o argumento da normatividade dos princípios, como normas constitucionais, o magistrado exerce amplamente sua vontade individual ao escolher qual precedente e que princípio irá aplicar, sem nenhuma preocupação com a origem desse princípio.

75 AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. *Inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-29/analise-constitucional-inconstitucionalidade-parametro-supremo>>. Acesso em: 26 maio 2014.

76 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

77 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

78 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

79 Agora sim, o STF representa o povo?

80 Parece que o Ministro esqueceu de sua fala ao julgar a ADI dos precatórios e também do financiamento eleitoral. Cfr.: STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

81 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

82 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33-32.

## 5. CONCLUSÃO

Assim, para finalizar este breve estudo, que serve de início a uma extensa análise crítica sobre a inadequada adoção do sistema de princípios norte-americano pelo sistema brasileiro, bem como suas consequências, importante trazer as palavras de Lênio Streck, que expõem essa distorção:

Assim, em tese, em um sistema com origem romano-germânica, as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas em um texto legal, votado democraticamente. Por consequência, o papel da jurisprudência deveria ficar caudatário daquilo que chamamos de direito. Nesse ponto, o direito deve ser entendido como conceito interpretativo, constituindo-se naquilo que é emanado das instituições jurídico-políticas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham *DNA* constitucional, e não na vontade individual do aplicador (o que faria com que o conceito ficasse sem sentido).<sup>83</sup>

Enfim, nas palavras de Lênio Streck, estamos diante de outra realidade e não a brasileira: trata-se apenas de um *panconstitucionalismo dos Steites*<sup>84</sup>.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. *Inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-29/analise-constitucional-inconstitucionalidade-parametro-supremo>>. Acesso em: 26 maio 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v.1, n. 6, p. 9-44, set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Pós-mensalão: E agora? *Revista joyce pascovitch*, Rio de Janeiro, n. 55, p. 54-56, out. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, [1951?].

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

83 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33-34.

84 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

- CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CÉSAR, Aloísio de Toledo. Desta vez Lula está com razão. *Estadão*. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,desta-vez-lula-esta-com-a-razao-imp-,1160447>>. Acesso em: 26 maio 2014.
- CUNHA, Paulo José. *Telejornalismo em close: charge na TV, por enquanto, pouco a ver*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/showNews/qtv030620031p.htm>> Acesso em: 25 maio 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRANK, Jerome Frank. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*. Brasília: [s.l.], 2013.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2001.
- MENAND, Louis. *The metaphysical club*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.
- MIRANDA, Mateus. *Pinky e Cérebro e o realismo jurídico norte americano*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G9D2tyC-w4k>>. Acesso em: 25 maio 2014.
- NERY, L. M. Caricatura: cartilha do mundo imediato. *Revista Semear (PUCRJ)*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 127-177, 2002.
- NEVES, Marcelo. *Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 maio 2014.
- OLIVEIRA VIANA, Francisco José de. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.
- REALISMO JURÍDICO. In: FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- ROTHENBURG, Walter Claudis. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- STEIN, Ernildo. Prefácio. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 de , de 2014.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A resolução n. 23.389/2013  
do Tribunal Superior Eleitoral  
e a tensão entre os poderes  
constituídos**

**The resolution n. 23.389/2013  
of the Superior Electoral Court  
and the tension between the  
incorporated powers**

Bernardo Silva de Seixas

Roberta Kelly Silva Souza



# A resolução n. 23.389/2013 do Tribunal Superior Eleitoral e a tensão entre os poderes constituídos\*

## The resolution n. 23.389/2013 of the Superior Electoral Court and the tension between the incorporated powers

Bernardo Silva de Seixas\*\*

Roberta Kelly Silva Souza\*\*\*

### RESUMO

As situações de lacunas normativas são inerentes às Constituições que preveem normas de eficácia limitada em seu texto permanente, no entanto, não sendo de bom alvitre se permitir que vácuos normativos, ocasionados pela inação do Poder Legislativo, resultem em inconstitucionalidade por omissão e ocasionem o descumprimento da Constituição. Assim, este ensaio enfrenta a questão da possibilidade de atribuição de competência normativa a órgãos do Poder Judiciário, com a finalidade de fundamentar a possibilidade de estes ultrapassarem os obstáculos impostos pela inércia legislativa e realizarem o cumprimento das determinações constitucionais via decisões judiciais ou atos normativos secundários. Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tendo como temática a atuação regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral que fixou o número de deputados federais para cada Estado-membro da Federação brasileira para as eleições majoritárias de 2014, tem-se o objetivo de fomentar o debate acerca da possibilidade da ocorrência de descentralização normativa da função legiferante do Poder Legislativo no ordenamento jurídico brasileiro, assim como do estudo das características, requisitos e limites impostos ao Poder Judiciário para exercício dessa competência normativa apta a inovar no sistema jurídico pátrio.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional. Omissão Inconstitucional. Função Normativa.

### ABSTRACT

The situations of regulatory gaps are inherent to Constitutions which foresee limited efficacy standards in its permanent text, however, not being of good plea, the permission of normative voids, occurred by the Legislative's inaction, resulting in unconstitutionality by default and entailing in a non-compliance of the Constitution. Thusly, this paper faces the question of the possibility of granting Legislative powers to the Judiciary, in order to justify the possibility of such overcome the obstacles imposed by the Legislative inertia and accomplish the enforcement of constitutional determinations

\* Recebido em 05/10/2014  
Aprovado em 27/12/2014

\*\* Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Advogado em Manaus/AM. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com

\*\*\* Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru. Especialista em Direito Processual e Direito Público pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Nilton Lins. Advogada em Manaus/AM. E-mail: rkellyss@yahoo.com.br

via court decisions or secondary normative acts. Through literature and jurisprudence research, having as theme the regulatory role of the Supreme Electoral Tribunal which set the number of deputies to each member state of the Brazilian Federation for statewide elections in 2014, it has been the aim, stimulating debate about the possibility of normative decentralization of the Legislative's legislating function in the Brazilian legal system, as well as the study of the characteristics, requirements and limits imposed on the Judiciary when it comes to the exercise of such normative competence, capable of innovating the national legal system.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction. Unconstitutional omission. Normative Function.

## 1. INTRODUÇÃO

É cediço que no momento de promulgação de uma nova Constituição não se é possível prever todas as *nuances* necessárias para criação de um novo Estado, havendo, desta maneira, a utilização das normas constitucionais de eficácia limitada para que os poderes constituídos, no caso o Legislativo, escolha a decisão, por meio de processo democrático, que melhor auxilie o cumprimento das finalidades estatais.

Todavia, a não atuação do Poder Legislativo em colmatar as normas de eficácia limitada ocasionam o surgimento da inconstitucionalidade por omissão e o aparecimento de algumas problemáticas, tais como a mutação constitucional informal e a perda da força normativa da Constituição, fatos que devem ser evitados, pois geram insegurança jurídica e possibilidade de abuso de poder.

No entanto, a controvérsia maior ocorre quando diverso órgão estatal, visando cumprir com a vontade do constituinte originário, exerce a função típica que, inicialmente, pertencia ao Poder Legislativo, atuando no lugar daquele, cumprindo com obrigações constitucionais não previstas na repartição de competências contida na Constituição. Desse fato surge uma tensão entre os poderes constituídos, principalmente, entre o Legislativo e o Judiciário, haja vista que os representantes do parlamento brasileiro não editam a lei que regulamenta a norma constitucional, nem admitem, com fundamento no princípio da separação dos poderes, que outros órgãos estatais, principalmente, aqueles que compõem o Poder Judiciário, preencham um vácuo normativo ocasionado por sua inércia.

Neste cenário de displicência legislativa, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a resolução n.: 23.389/2013 com escopo de regulamentar o número mínimo e máximo de deputados federais dos Estados-membros para as eleições majoritárias de 2014, conforme determinar o art. 1º, parágrafo único, Lei Complementar 78/93, no entanto foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade por omissões contra o ato normativo primário supramencionado e a resolução do TSE com fundamento na vetusta tripartição de poderes.

Desse imbróglio entre os poderes Legislativo e Judiciário, a temática que se suscita é a possibilidade ou não de exercício de função normativa por órgãos que exercem a jurisdição constitucional quando constatada omissão do órgão competente, haja vista que, se um órgão não exerce sua competência, está se descumprindo uma ordem constitucional, que deve ser reparada por outro órgão, já que não se admite inconstitucionalidades por omissão.

Justifica-se essa temática em virtude da frequência de confrontos e indisposições entre o Poder Judiciário e Legislativo no cenário político brasileiro, que ocasiona instabilidade político-institucional entre os órgãos que exercem o poder no Estado brasileiro, mencionando que essa problemática decorre, como evidente, de uma conduta proativa do Poder Judiciário e da falta de vontade política do Parlamento pátrio tomar as decisões políticas em assuntos polêmicos que possam acarretar prejuízos à sua imagem perante o eleitorado.

Da temática proposta, surgem os seguintes questionamentos: é possível, no ordenamento jurídico brasileiro, que outro órgão estatal possa cumprir a função normativa em situações de inconstitucionalidade por

omissão? Essa atuação afronta o princípio da separação dos poderes? Há uma aproximação da forma de atuar da jurisdição constitucional com a atividade do legislador?

Visando responder aos questionamentos supramencionados, realizando-se pesquisa na forma dedutiva, bem como analisando referências bibliográficas e jurisprudências sobre o tema, tem-se a finalidade de alcançar o objetivo geral, qual seja a viabilidade teórica-jurídica de que um órgão judicial legisle via decisão judicial para colmatar uma norma constitucional de eficácia limitada e os seguintes objetivos específicos, verificação das hipóteses em que é possível o exercício de função normativa por órgãos judicantes e se há limites que possam restringir essa atuação atípica do Poder Judiciário.

Para cumprir os desideratos apontados, propõem-se a discutir, em primeiro momento, sobre a omissão do legislador em regulamentar o número máximo e mínimo de deputados federais, conforme determina o art. 45, § 1<sup>a</sup> da Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como suas consequências para o ordenamento jurídico pátrio.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisa-se, propriamente dita, a resolução n. 23.389/2013, bem como os argumentos suscitados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para julgar a inconstitucionalidade desse instrumento normativo expedido pela justiça especializada eleitoral.

No derradeiro capítulo, analisa-se a questão do exercício de função normativa por órgão estatal diverso do Poder Legislativo, verificando sua viabilidade, doutrina jurisprudencial que a embasa, previsão no ordenamento jurídico brasileiro, bem como suas consequências para determinados princípios fundamentais do Estado brasileiro, tais como a separação de poderes e o princípio democrático.

Por fim, visa-se alcançar com esse trabalho uma forma de resolver a questão do vácuo normativo ocasionado pelo Poder Legislativo, que não cumpre com seu dever de regulamentar as normas constitucionais, ressaltando-se, desde já, que o correto seria não haver a ocorrência de vácuos normativos e que cada órgão estatal se restringisse a cumprir suas competências típicas.

## 2. A CONDUTA OMISSIVA DO LEGISLADOR

A Constituição Federal de 1988, sob a ótica de uma classificação doutrinária, é uma constituição rígida, portanto, sua modificação pelo Poder Constituinte Derivado deve seguir um procedimento especial, mais rigoroso, previsto no próprio texto constitucional, que se difere do processo legislativo das leis ordinárias e complementares.

Essa rigidez decorre da posição que ocupa o texto constitucional no ordenamento jurídico pátrio, pois a Constituição é a lei suprema no ordenamento jurídico positivo, sendo o ápice do sistema jurídico pátrio, fundamento em que todas as leis infraconstitucionais extraem sua validade. Nesse sentido leciona Dimoulis e Lunardi<sup>1</sup>

A rigidez-imutabilidade expressa a supremacia (primazia) constitucional. A Constituição é o conjunto dos dispositivos supremos no ordenamento jurídico, é a “suprema lei do país”, a “superlei”, a “lei das leis”. Essas expressões indicam sua posição de superioridade em relação às demais fontes do ordenamento jurídico, que devem estar em consonância com ela. Utilizando a imagem comum, as Constituições estão no topo da hierarquia normativa ou da pirâmide das fontes do direito, sendo o “Paramount law”.

Destarte, a Constituição, sendo o ápice do ordenamento jurídico pátrio, um de seus principais objetivos é servir de parâmetro para que o legislador, no exercício do seu poder legiferante, confeccione leis infraconstitucionais válidas. Assim, devem os parlamentares verificar a compatibilidade dos projetos de lei apresentado

1 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

perante o Congresso Nacional com a Constituição Federal, sob pena daquele vir a ser declarado inválido, após o término do trâmite processual legislativo, perante o ordenamento jurídico e ser extirpado do mundo jurídico por decisão do Poder Judiciário ou pelo Presidente da República, por meio do veto presidencial.

Diversos são os motivos para a existência da incompatibilidade entre o ato normativo e a Constituição apontados pela doutrina, no entanto, este ensaio se restringirá à classificação da inconstitucionalidade que se refere a sua causalidade. Nessa segmentação a incompatibilidade pode ocorrer tanto por ação como por omissão.

A incompatibilidade por ação ocorre quando um ato afronta os ditames constitucionais, sendo que este ato pode ter origem tanto no Poder Legislativo, como no Executivo ou no Judiciário. Assim, a inconstitucionalidade por ação pressupõe uma atividade estatal contrária às normas constitucionais.

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão surge quando o Poder Legislativo ou a Administração Pública não cumprem com as determinações contidas nas normas de eficácia limitada contidas na Constituição Federal. Essa modalidade de inconstitucionalidade se caracteriza por uma inércia do Legislativo, na sua função precípua de legislar, e do Poder Executivo, quando tem que regulamentar determinada legislação infraconstitucional. Sobre essa modalidade de inconstitucionalidade, cita-se a lição de Daniel Wunder Hachem<sup>2</sup>

A omissão estatal inconstitucional poderá dizer respeito a qualquer das funções do Estado (legislativa, política ou de governo, administrativa e jurisdicional). Basta, para tanto, que haja um dever constitucional de agir somado à inércia em atender ao mandamento da Constituição.

Faz-se imprescindível, todavia, fazer menção quando surge essa modalidade de inconstitucionalidade, pois, no caso da inconstitucionalidade por ação, esta ocorre no momento em que a legislação infraconstitucional entra em vigor. No entanto, no estudo da inconstitucionalidade por omissão, a tarefa de constatar o momento de que a inércia do legislador ou do administrador se tornou danosa ao texto constitucional é de difícil constatação, pois seria leviano apontar que o Poder Legislativo, principal responsável pela omissão inconstitucional, seria transgressor do texto constitucional em 06 de outubro de 1988 em relação às normas de eficácia limitada contida na Constituição Federal, haja vista que o processo legislativo de criação de leis é complexo, demanda debates políticos, reflexões sociais, dentre outras características, que permeiam o consenso democrático necessário para confecção de uma lei, que visa, sobretudo, conceder legitimidade ao texto infraconstitucional.

Assim, ao se analisar o estudo dessa modalidade de inconstitucionalidade, deve-se observar, necessariamente, o fator tempo, devendo aquele que seja competente para julgar uma omissão inconstitucional verificar se houve um transcurso razoável de tempo para as discussões políticas, de maneira que às matérias mais complexas previstas no texto constitucional devem-se conceder maior lapso temporal para o trâmite legislativo do que aquelas matérias menos complexas, visando que seja concedido aos parlamentares um interregno de tempo razoável para que cheguem ao consenso democrático sobre determinada matéria.

Prosseguindo no estudo da omissão inconstitucional, faz-se necessário saber o que, realmente, caracteriza uma omissão legislativa, haja vista que este conceito é fundamental para ajuizamento das ações constitucionais que visam suprir essas lacunas normativas. Para tanto, cita-se os ensinamentos da doutrinadora portuguesa Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu<sup>3</sup>

Uma omissão legislativa não é só o efeito que surge da inércia legislativa ou da inexistência de normas jurídicas a regular uma determinada matéria; trata-se de uma situação em que, sendo expectável, porque imposto juridicamente, que se atuasse num determinado sentido, nada foi realizado. A omissão configura-se, por isso, como um comportamento que, apesar de passivo, não é de forma alguma neutro,

2 HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012., p. 66

3 ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. *Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 99.

gerando consequências de índole diversa, de acordo com o ramo do ordenamento em que se tenha verificado, com o concreto dever de agir violado ou com a sua natureza intencional ou não intencional.

Do conceito citado, abstrai-se os elementos configuradores de uma omissão legislativa, quais sejam, dever de legislar previsto no texto constitucional, um comportamento passivo, um *non facere*, do legislador e impossibilidade de fruição do direito fundamental por seu titular.

Pode-se apontar como prejuízos da inconstitucionalidade por omissão a afronta ao texto constitucional de forma negativa, perda da força normativa da Constituição e não fruição de direitos fundamentais contidos na Constituição Federal. Ademais, essa inércia legislativa causa o fenômeno de mutação informal da Constituição, que ocasiona oscilação na aplicação do texto constitucional pelos poderes da República e resulta em insegurança jurídica nas relações sociais e na aplicação do Direito. Sobre essas consequências para o texto constitucional, cita-se o comentário de André Puccinelli Júnior<sup>4</sup>:

Por entrever na inércia das casas legislativas um pernicioso processo de corrosão dos valores tutelados pelo constituinte [...] presente-se que a indiferença do legislador, na medida em que estanca a aplicação da Lei Maior, deflagra sem alarde o fenômeno da mutação informal da Constituição, com desastrosas consequências a longo prazo. Vale dizer, à semelhança de um costume *contra legem*, como é o caso do desuso ou costume negativo, esta abstenção condenável investe contra a normatividade constitucional e dela faz letra morta, impedindo sua aplicação. Em vez de contribuir com a atualização semântica da Constituição, este *non facere* culmina por erodir seu quadro de valores, fazendo pouco caso de sua força normativa.

Desta feita, em virtude das diversas consequências dessa modalidade de inconstitucionalidade, devem todos os agentes públicos, que detenham competência para saná-las, envidar esforços para extingui-las do ordenamento jurídico, fazendo uso dos meios judiciais, quando for detentor de legitimidade constitucional processual – arts. 5º, LXXI e 103, CF/88 – ou políticos, por exemplo, a propositura do projeto de lei por iniciativa popular.

Este trabalho aborda a questão da omissão do legislador em regulamentar de maneira satisfatória o art. 45, §1º, CF/88 já que este determina que Lei complementar irá prever o número máximo e mínimo dos deputados federais das unidades da Federação brasileira proporcional à população de cada Estado-membro.

Ressalta-se que a Lei Complementar 78/93 somente prevê a quantidade máxima de deputados federais que irá compor a Câmara Baixa, não disciplinando a forma do reajuste do número de representantes de cada Estado-membro da Federação, nem o número de deputados federais como determina o dispositivo constitucional. Nesse diapasão, percebe-se que a atuação do Parlamento brasileiro foi falha, gerando, mesmo que tenha ocorrido a promulgação da lei, uma omissão inconstitucional, pois o ato normativo primário deve regulamentar todas as situações fáticas necessárias para implementação da norma constitucional.

Dessa forma, como o ato normativo é falho, o Tribunal Superior Eleitoral expediu a resolução n. 23.389/2013 que regulamentava o dispositivo constitucional que prevê a limitação quantitativa do número de representantes do povo de cada Estado-membro, fato que gerou consequências em âmbito nacional — com a redução de algumas bancadas de Estados-membros na Câmara dos Deputados — e regional com o aumento de número de cadeiras em algumas Assembleias Legislativas, gerando um entrave entre o Congresso Nacional e o Tribunal Superior Eleitoral que teve quer ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal.

4 PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 121.

### 3. A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O art. 45, § 1º, CF/88 é expresso ao determinar que o número total de deputados e a representação por Estado e pelo Distrito Federal será estabelecido por lei complementar. O quantitativo total de deputados federais encontra-se regulamento pela Lei Complementar n. 78 de 1993, que determina que o número de deputados federais não ultrapassará o total de 513 (quinhentos e treze) representantes populares, no entanto não é omissa quanto ao número de deputados federais para cada unidade federativa autônoma, delegando-se a competência de realizar os cálculos de atualização do número de deputados federais para cada eleição ao TSE posteriormente ao recebimento do quantitativo populacional de cada Estado-membro, com base no senso demográfico.

Todavia, em eleições pretéritas, o TSE não realizava a atualização do numerário de deputados, no entanto, esse fato ocorreu para eleição majoritária de 2014, por meio de Resolução n.: 23.389/2013, em que se definiu o número de deputados federais e o quantitativo de deputados estaduais para cada Assembleia Legislativa dos Estados-membros, tendo em vista a realização do senso demográfico em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A finalidade da resolução 23.389/2013 era determinar o número máximo e mínimo de deputados federais de cada Estado-membro da Federação brasileira para as eleições majoritárias de 2014, modificando, com base no critério quantitativo da população auferido pelo senso demográfico realizado IBGE, o número de representantes do povo na Câmara dos Deputados, aumentando o número de representantes — como no caso do Amazonas, Pará, Ceará, Minas Gerais e Santa Catarina —, ou reduzindo como no caso de Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Sul.

Todavia, foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade, n.: 4947/DF, 5020/DF, 5028/DF, 5130/DF, relatoria do Ministro Gilmar Mendes e 4.963 e 4.965, relatoria Ministra Rosa Weber, contra o expediente normativo do TSE, assim como o Congresso Nacional expediu o decreto legislativo n. 424/2013, visando suspender os efeitos da resolução n. 23.389/2013 do TSE, com argumento de que cabia ao Poder Legislativo, e não ao Tribunal Superior Eleitoral, determinar o número de deputados federais.

Em defesa da Resolução expedida pelo TSE, consta a manifestação do Ministro Roberto Barroso<sup>5</sup>

[...] prestigiar a interpretação literal do art. 45, § 1º, da CF conduziria a inconstitucionalidade, pois o cumprimento da Constituição não poderia depender exclusivamente do processo político majoritário, da vontade ou não, do Congresso Nacional de tratar da matéria por Lei Complementar. Assevera-se que a omissão do Congresso, em editar a lei complementar referida no art. 45, §1º, da CF mantém a representação populacional inalterada de maneira indevida e, por consequência, frustra direitos políticos fundamentais e essenciais ao princípio democrático, tais como o cumprimento da proporcionalidade da representação política e o da igualdade entre os eleitores. Nesse sentido, a atuação do TSE é válida, pois oriunda de órgão imparcial e institucionalmente mais adequado do que o sistema político, que seria autointeressado.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou inconstitucional a resolução do TSE, pelos seguintes argumentos: é de competência de lei complementar a fixação dos números totais de representantes do povo, bem como o quantitativo de representantes de cada entidade federativa de forma específica.

Por uma maioria, ampla, de 08 (nove) votos a 03 (dois) votos para o deferimento do pedido contido nas ADIs, foi-se declarada a inconstitucionalidade na resolução do TSE e do art. 1º, da Lei Complementar 78/93, todavia a celeuma ocasionada por essa atuação do órgão de cúpula eleitoral brasileiro deve ser analisada com maior parcimônia, bem como não se extinguir tão somente em virtude da decisão do STF,

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4947/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo751.htm>>. Acesso em: 23 set. 2014.

tendo em vista que ocasionou desconfortos e tensão entre os órgãos estatais, principalmente, o Judiciário e o Legislativo.

A intenção dos ministros do TSE foi tão somente regulamentar o art. 45, § 1º, CF/88, tendo em vista que a Lei Complementar 78/93 não estabelece o número máximo e mínimo de deputados federais que irão compor a Câmara dos Deputados. Com a declaração de inconstitucionalidade, retornou-se ao *status* de vácuo normativo, tendo em vista que não há qualquer ato infraconstitucional que determine qual o atual número de deputados federais para cada Estado-membro que represente, fielmente, sua população para as eleições majoritárias de 2014, sendo que essa posição terá que ser tomada pelo Congresso Nacional mediante expedição de Lei Complementar antes de todas as eleições majoritárias.

Percebe-se, portanto, que a atuação do Tribunal Superior Eleitoral visou regulamentar uma questão necessária para melhor desenvolvimento da democracia brasileira, mesmo que, para cumprir tal objetivo, tenha se valido de competência normativa, função que será analisada a seguir, todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao invés de ratificar o posicionamento do TSE e concretizar as determinações constitucionais, preferiu declarar a inconstitucionalidade da resolução normativa 23.389/2013, inviabilizando que Estados-membros com maior população tenham mais representantes no Congresso Nacional.

#### 4. A FUNÇÃO NORMATIVA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Verificado que a Resolução n. 23.389/2013 do TSE visou ultrapassar o óbice imposto pela inação do Poder Legislativo, faz-se necessário um estudo da possibilidade de exercício de função normativa por órgãos que exercem a jurisdição constitucional, meio utilizado pela Corte eleitoral para ultrapassar óbices impostas pela inércia do legislador. Ressalta-se, contudo, que o exercício dessa função atípica transforma concepções dogmáticas referente à tradicional teoria do legislador negativo teorizada por Kelsen para as cortes constitucionais e da própria tripartição de poderes, modificando substancialmente a forma de atuar dos órgãos que exercem a justiça constitucional. Nesse sentido André Ramos Tavares revela que<sup>6</sup>

A superação da teoria do legislador negativo é, portanto, não apenas um capricho acadêmico, mas uma imposição decorrente da evolução ocorrida na realidade (inclusive normativo-constitucional, mas também jurisprudencial) da Justiça Constitucional. Impõe-se a tarefa doutrinária de aprimorar conceitos, institutos e a própria teoria subjacente à atuação cada vez mais sensível da Justiça Constitucional. A manutenção de uma teoria de separação rigorosa entre “poderes” servirá apenas para mascarar uma realidade totalmente diversa, formando-se uma teoria desajustada e incompleta em sua função de oferecer respostas adequadas às dificuldades emergentes do modelo.

Entende-se que essa modificação dogmática possa ser alcançada com a viabilidade de que um órgão estatal que cumpra as competências da jurisdição constitucional exerça a função normativa, típica do Poder Legislativo, em situações de inércia, além de ser uma forma de desconcentrar o poder sem que ocorra violações ao princípio da separação dos poderes.

Com a inclusão de normas de eficácia limitada na Constituição Federal, há a necessidade de que o Poder Legislativo atue no cenário político para cumprir com todas as determinações do Poder Constituinte Originário. No entanto, tem-se observado inúmeros casos de letargia do Congresso Nacional brasileiro, tendo em vista que há dispositivos constitucionais que ainda, mesmo após vinte e cinco anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, dependem de lei infraconstitucional para surtir os efeitos almejados pelo constituinte brasileiro.

6 TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 117-130, jul./set. 2010. p. 118.

Contra a inércia do Poder Legislativo, tem-se verificado uma conduta proativa do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, de impor determinações ou de concretizar o próprio direito subjetivo contido na norma constitucional. Surge, dessa maneira, uma novel função da jurisdição constitucional, qual seja, a função normativa.

A atuação das Cortes Constitucionais exercendo função normativa consistiria na hipótese de, por meio de uma sentença com força normativa, ocorrer a regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada. Sobre a função legislativa dos Tribunais Constitucionais, leciona Anderson Sant'Ana Pedra<sup>7</sup>:

Cobra relevo registrar de partida que, inquestionavelmente, é o Legislativo que detém a competência titular (originária) para legislar. Suas escolhas jurídico-políticas gozam de legitimidade ótima. Contudo, defende-se que o Tribunal Constitucional exerça função legislativa *stricto sensu* quando a atuação do Legislativo se mostrar insuficiente ou omissa. Não se está a defender a possibilidade do Tribunal Constitucional atuar como um legislador positivo (*stricto sensu*) de forma primeira e original, mas sim em substituição provisória ao titular. As decisões do Tribunal Constitucional, quando oriundas do exercício da função legislativa *stricto sensu* devem ser compreendidas como decisões tipicamente derivadas de uma distribuição constitucional de competências, em que cada “órgão constitucional de soberania” respeite as competências dos demais, inadmitindo-se a ideia de que com a atuação do Tribunal Constitucional ocorreria a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão, já que não se está defendendo a perda de competência, mas sim uma substituição provisória da função de legislar. Após estas observações primeiras, pode-se afirmar que a natureza jurídica das decisões do Tribunal Constitucional, quando no exercício da função legislativa *stricto sensu*, ombreia-se com a função legislativa exercida comumente pelo Legislativo quando atua como legislador positivo. A atuação do Tribunal Constitucional na função legislativa *stricto sensu* dá-se tão somente em substituição provisória ao Legislativo titular. Por consequência lógica, o enunciado normativo editado pelo substituto (Tribunal Constitucional) não pode ter natureza jurídica distinta da atuação do substituído (Legislativo).

Para melhor entendimento dessa função diferenciada da jurisdição constitucional, deve-se salientar no que consiste a função normativa. Na concepção clássica sobre a separação de funções, a função legislativa, para Dimitri Dimoulis<sup>8</sup> consiste na

Criação de normas jurídicas que, via de regra, são gerais e abstratas, no intuito de regulamentar determinadas relações ou situações, vinculando os demais órgãos estatais. O ato típico da função legislativa é a lei que pode ser definida como: ato jurídico; dotado de alto grau de generalidade e abstração; elaborado e promulgado por autoridades competentes em virtude de previsão constitucional, conforme procedimentos constitucionalmente fixados; objetivando regulamentar a organização da sociedade; estabelecendo regras para o futuro (natureza prospectiva).

Nesse ínterim, a função normativa da jurisdição constitucional ocorre quando um órgão do Poder Judiciário expede decisões judiciais com caráter amplo e genérico com o escopo de regulamentar normas constitucionais que necessitam de lei infraconstitucional para serem efetivadas, sendo observadas por todos aqueles que desejam usufruir do direito previsto na norma constitucional. Desta feita, ao invés do Poder Legislativo, com sua legitimidade democrática, regulamentar os dispositivos constitucionais quem o faz é um órgão diverso, qual seja, o Poder Judiciário. Sobre este aspecto é a lição de Kelly Cristina Vieira de Souza<sup>9</sup>

Face à lacuna legislativa e permissiva do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tem tomado para si a responsabilidade de ampliação do conteúdo da norma para garantir a aplicação da Justiça, muito embora a decisão não pareça tão justa, mas o magistrado precisa garantir o benefício da justiça a quem dela necessita. Ao aplicar a norma segundo uma valoração de sua extensão, e diante da omissão legislativa, o Poder Judiciário traz modificações à estrutura do Estado Democrático de Direito, lançando as bases

7 PEDRA, Anderson Sant'Ana. Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 181-210, out./dez. 2011, p. 183.

8 DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 149.

9 SOUZA, Kelly Cristina Vieira de. A teoria de separação de poderes proposta por Montesquieu e o modelo de separação no Brasil. In: Moraes, Filomeno (Org.). *Teoria do poder*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 187.



para um novo constitucionalismo, atribuindo à função ora desempenhada características de ativismo judicial. A Corte Constitucional precisa acompanhar as evoluções históricas e a nova dimensão exigida do Judiciário, para julgar ações as quais o Estado não disciplinou ou não as previu adequadamente, incorporando as novas concepções jurídicas à norma positivada.

Exercendo essa função atípica, a atuação da Corte Suprema liberta-se da função de legisladora negativa para exercer atividade normativa positiva, regulamentando fatos jurídicos tal qual uma lei proveniente do Poder Legislativo. Dimitri Dimoulis<sup>10</sup> critica a utilização do termo atípico para designar o exercício de função estatal por outro órgão, assevera que “[...] atípico, isto é excepcional, é o fato de integrantes de um poder exercer uma função normalmente atribuída a outro”, logo não é a função que é atípica, mas sim o órgão que a exerce que é estranho à competência.

Em que pese haver divergências sobre os termos adequados, há necessidade de exercício de funções diferenciadas pelos órgãos estatais para cumprimento integral das determinações constitucionais. Essa modificação de atuação do Judiciário deve-se, na esteira de Rui Medeiros<sup>11</sup>, à crise das instituições democráticas e falência do Estado Liberal.

A crise apontada nas instituições democráticas diz respeito à falta de representatividade do Poder Legislativo frente à sociedade. Esta pode ser compreendida, na verdade, não como uma crise das instituições, mas sim uma crise da própria Democracia indireta, tendo em vista que os representantes do povo, ao serem eleitos, não observam mais os anseios da sociedade, distanciam-se dos debates políticos e temas polêmicos com receio de não conseguir mais se eleger na próxima legislatura, sendo que, no decorrer da legislatura, os cidadãos não encontram mais seus representantes no Parlamento, mas tão somente um político que luta por seus próprios interesses, somente se lembrando do eleitor no momento da campanha eleitoral, sendo que, no resto do mandato, em sua grande maioria, legisla ou em interesse próprio ou de uma minoria dominante.

A falência do Estado Liberal decorreu, sobretudo, da existência de um Estado mínimo, que não se importava com o bem-estar das pessoas ou de conceder políticas públicas para concessão de vida digna para aqueles, mas tinha em consideração, tão somente, a não regulamentação da economia pelo Estado, assim como a livre manifestação da vontade dos indivíduos sem nenhuma intervenção estatal que lhe restringisse a liberdade.

Com o surgimento do Estado Social, em que o Estado realiza prestações positivas em prol da coletividade, impondo obrigações de fazer aos agentes públicos, seja por meio de leis ou previsões constitucionais, houve a modificação das determinações contidas nas normas constitucionais. Analisando as transformações estatais decorrentes da falência do Estado Liberal e sua modificação para o Estado Social, Gina Vidal Marcílio Pompeu<sup>12</sup> expõe que:

Com a intensificação da produção legislativa para atender as crescentes demandas dos direitos sociais, especialmente a partir do primeiro quartel do século XX, período que dá nascimento ao denominado *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social), gerou-se a ampliação da conduta do Estado nas áreas econômica e administrativa, bem como, o agigantamento (*Big Government*) de suas atividades. O Estado necessitou aprimorar alguns instrumentos, também, de controle da iniciativa privada e de desenvolvimento da máquina burocrática. A ampliação da participação do legislativo deu-se por meio do processo legiferante requerido pela demanda de novos direitos e pela exigência de intensa atuação nos debates em torno de questões políticas; já o Executivo multiplicou funções, por conta dos deveres constitucionais delineados por normas programáticas que apontavam objetivos claros a serem alcançados pelo Estado e exigidos pelos indivíduos.

10 DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 153.

11 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica. p. 493-494.

12 POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do legislativo. In: JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 6., 2013, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Unifor, 2013. p. 16.

Essas transformações ocorridas na gênese estatal também tiveram reflexo no Poder Judiciário, com a consequente modificação na forma de exercer o controle de constitucionalidade das normas constitucionais, logo, houve a necessidade de se exercer a função estruturante de forma diferenciada, ou seja, não apenas declarando-se a norma infralegal incompatível com a Constituição, mas sim, em determinadas situações, tomando decisões políticas com o escopo de cumprimento da Constituição Federal.

O exercício de funções típicas realizados por poderes estranhos à competência é, em determinadas situações, previsto na Constituição Federal, logo, nessas hipóteses, o órgão que a exerce não afronta o princípio da separação dos poderes. Cita-se, como exemplo, o julgamento político pelo Senado Federal dos crimes cometidos pelo Presidente da República ou a possibilidade de expedição de Medidas Provisórias pelo chefe do Poder Executivo quando preenchidos os requisitos previstos na Constituição Federal.

No caso do Poder Judiciário e da função normativa, pode-se verificar na Constituição Federal dispositivos constitucionais que expressamente possibilitam a realização desse exercício de função típica por órgão diferenciado, podendo-se citar a possibilidade de expedição de súmulas vinculantes (art. 103 – A, CF/88) ou quando o próprio Supremo Tribunal Federal edita seu regulamento interno (art. 96, I, a, CF/88) ou quando se prevê que as decisões oriundas da ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade produzirão efeitos vinculantes e serão eficazes contra todos (art. 102, § 2º, CF/88).

Corroborando a existência expressa da função normativa no texto constitucional o escólio de Lenio Luiz Streck<sup>13</sup> quando enfatiza, mesmo que contrário à ideia, que:

[...] ao editar uma súmula vinculante, oponível erga omnes, o Supremo Tribunal Federal assume funções legiferantes, agregando ao produto legislado a sua prévia interpretação.

No mesmo sentido de reconhecer a viabilidade dessa função normogênica da Jurisdição Constitucional, Mauro Cappelletti<sup>14</sup> afirma que os juízes

[...] operam com competência legislativa, e não judiciária, quando exercitam, como na hipótese das cortes supremas dos países da Europa Oriental, o poder de emanar “diretivas” genéricas em tema de interpretação, vinculantes para os tribunais inferiores e emitidas sem qualquer conexão com determinado caso concreto.

Dessa maneira, verifica-se que a própria Constituição Federal, de forma expressa, legitima a atuação normativa da jurisdição constitucional em casos excepcionais, no entanto, o fato que se deve salientar, e que causa dúvidas sobre sua legitimidade, é que o Supremo Tribunal Federal transcende, por meio da interpretação constitucional, os limites impostos pelo legislador constituinte originário quando exercer tipicamente função legislativa seja por via de decisões em mandado de injunção — já que regulamenta norma constitucional de eficácia limitada que ainda não foi objeto de regulamentação pelo Poder Legislativo — ou via decisão aditiva, quando amplia a aplicação de uma lei ao fato não previsto na sua hipótese de incidência pelo legislador sem que exista autorização expressa para tanto.

No entanto, em que pese haver uma aparente incompatibilidade entre esta conduta proativa do Supremo com o princípio da separação dos poderes, tal forma de agir deve ser fomentada, haja vista que, com o transcorrer da evolução social e do próprio Estado, a teoria de Montesquieu também evoluiu, não mais sendo adequado defender uma intransigente separação de funções entre os órgãos, mas sim entendendo que qualquer órgão estatal tem o dever de cumprir com as determinações constitucionais quando diverso órgão não cumpre com suas obrigações prevista na Constituição.

Portanto, entende-se legítimo que o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, atue no combate às omissões inconstitucionais ocasionadas pela inércia do Poder Legislativo, expedindo sentenças normativas com o escopo de regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada, pois tal conduta se encontra sendo exercida, visando cumprir as determinações contidas na Constituição.

13 STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 13.

14 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 81.

Analisando a questão das lacunas inconstitucionais, André Ramos Tavares<sup>15</sup> ensina que o Tribunal Constitucional exercer tipicamente função legislativa no combate às omissões inconstitucionais. Essa concepção é corroborada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal ao determinar que as decisões oriundas do mandado de injunção têm caráter genérico e abstrato, havendo a possibilidade de serem aplicadas em demandas diversas daquelas em que a decisão foi tomada, suscitando a característica abstrata-objetiva da decisão injuncional.

Ademais, essa função normativa se torna mais nítida quando no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o juiz constitucional, no julgamento de uma omissão parcial, ao invés de declarar a inconstitucionalidade da norma, estende os efeitos para categoria não prevista pelo Poder Legislativo (decisão aditiva), ampliando a hipótese de incidência de norma, regulamentando, assim, uma situação fática de forma genérica e abstrata sem a participação democrática do Parlamento brasileiro.

Nesse sentido, reconhece-se que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal de controlar as omissões do legislador é combater, em última instância, o controle que o Legislativo detém para regulamentar a Constituição, haja vista que se não houver atuação dos legisladores para regulamentar o texto constitucional haverá a indesejável concentração de poder nas mãos dos Parlamentares. Sobre o poder de regulamentar, a Constituição e a omissão no exercício deste dever indica Walter Claudius Rothenburg<sup>16</sup>

[...] a ausência de iniciativa [legislativa] pode, em casos extremos, escapar a qualquer justificativa razoável, traduzindo um excesso de poder em sentido negativo (omissivo). O ordinário respeito que se deve ter pelas formalidades — constitucionalmente definidas — do processo legislativo choca-se com a intolerável omissão do titular da iniciativa, tendo-se de optar entre o obséquio à sua vontade caprichosa e a realização do comando constitucional material. Em tais casos-limites, atribuir a iniciativa legislativa a outrem pode representar a saída para uma regulamentação adequada da situação.

Destarte, em virtude da inércia do dever de legislar do Legislativo, *Verfassungsaiftrag*, deve o Poder Judiciário, quando instado para tanto, exercer função normativa que vise regulamentar a Constituição Federal, haja vista que se perdurar o vácuo legislativo estará se retirando a força normativa da Constituição, fato que torna as normas constitucionais ineficazes e inviabiliza o programa institucional promovido pelo legislador originário ao conceber uma constituição dirigente. Nesse viés de entendimento, Guilherme Peña de Moraes<sup>17</sup> afirma que:

Os organismos de justiça constitucional detêm uma função legislativa, exteriorizada pela criação de normas dotadas de abstração, generalidade e autonomia, apta a inovar o sistema jurídico. [...] a função propriamente legislativa da justiça constitucional coadunar-se-ia com o fenômeno da “descentralização da produção normativa”, que se baseia na negação do postulado do monopólio da criação do Direito pelo Poder Legislativo, em ordem a aproximar, ao máximo possível, os sujeitos produtores dos destinatários das normas jurídicas [...].

Em relação à descentralização normativa Clèmerson Merlin Clève<sup>18</sup> revela que:

A descentralização legislativa — fenômeno que vem se desenvolvendo de uma maneira impressionante — consiste na possibilidade de criação de atos normativos, sob a forma de lei ou não, por outros órgãos que não propriamente o Legislativo (neste passo compreendido enquanto plenário). Ou seja, identifica-se com o exercício de uma função normativa, definida quer seja sob o ponto de vista formal (lei) ou material (regulação heterônoma de interesses particulares — regra de direito — ou regulação genérica e abstrata — norma geral)

Dessa maneira, é possível que a competência de regulamentar a Constituição Federal, principalmente as normas de eficácia limitada, possa ser exercida pelos demais funções estatais e não somente se concentrar

15 TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 331.

16 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39.

17 MORAES, Guilherme Peña de. Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64-65.

18 CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76-77.

essa prerrogativa nas mãos do Poder Legislativo, principalmente, no cenário político atual em que os representantes do povo se encontram, tão somente, preocupados com seus próprios interesses e não atuando em prol da coletividade.

No entanto, em que pese haver argumentos doutrinários que legitimam a função legislativa da Jurisdição Constitucional, há quem entenda pela sua inviabilidade no ordenamento jurídico por colocar em risco o princípio democrático. Assim, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>19</sup> menciona que:

O Tribunal Constitucional desempenha e não pode deixar de desempenhar fundamentalmente a função de jurisdicção; não é um legislador. Ora, quando os tribunais constitucionais usam e abusam de decisões aditivas corre-se sempre o risco de as folgas democráticas de apreciação política serem restringidas a ponte de os tribunais constitucionais merecerem a censura de se arvorarem em “superlegisladores”.

No discurso retromencionado, há coerência, pois ocorreria a modificação dos debates políticos do Parlamento, representantes eleitos diretamente pelo povo, para um Tribunal, onde seus componentes não recebem qualquer legitimidade popular, todavia comunga-se do entendimento que, se não há atuação do Poder Legislativo em cumprir com suas determinações em um lapso temporal razoável, é possível que o Poder Judiciário atue no cenário político, haja vista que a crise na Democracia indireta e na representatividade daqueles que exercem o poder não pode inviabilizar o cumprimento das determinações constitucionais, impedindo as transformações sociais veiculadas na norma constitucional.

Ademais, refuta-se o entendimento que as cortes constitucionais não detenham legitimidade para legislar, pois, na realidade, o que não há é legitimidade social indireta no órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, já que não há eleições para ministros do Supremo Tribunal Federal, contudo, não se pode defender que não há legitimidade social no órgão que exercer a jurisdição constitucional brasileiro, defende-se que a legitimidade social do Supremo Tribunal Federal decorre, diretamente, do Poder Constituinte Originário, haja vista que é um órgão previsto na Constituição Federal em normas constitucionais originárias, logo, como a Constituição Cidadã foi promulgada por um órgão democraticamente eleito, não há como não conceder este *status* ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, deve-se entender que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal colmatar as normas de eficácia limitada da Constituição Federal, por meio do mandado de injunção ou pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é mais uma forma de exercício do método de freios e contrapesos, inserido na teoria da separação dos poderes. Oportunamente, ressalta-se que foi o próprio legislador originário que previu a existência dos dois instrumentos para sanar a inércia do legislador, logo, não há como os instrumentos processuais da jurisdição constitucional criado pelo próprio Poder Constituinte Originário ser incompatível com o princípio da separação de funções, pois vige o entendimento, no Brasil, de que não há inconstitucionalidade nas normas constitucionais originárias.

Portanto, a possibilidade de exercício de função legislativa pelo órgão que efetuar a jurisdição constitucional não afronta o princípio da separação de funções insculpido no art. 2º da Constituição Federal, tendo em vista que esta somente se exerce quando o legislador não cumpre com seu dever de legislar, sendo, portanto, uma atuação excepcional, precária e subsidiária, desde que legitimada pelo uso dos meios disponíveis na Constituição Federal para colmatar as omissões inconstitucionais, quais sejam, o mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Oportunamente, ressalta-se que essa atuação do Supremo Tribunal Federal não o caracteriza como ativista, pois, esta, apenas se judicializando uma questão política não resolvida pelo órgão competente, corrobora este entendimento os ensinamentos de Gina Vidal Marcílio Pompeu<sup>20</sup>

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 882-883.

20 POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do legislativo. In: JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 6., 2013, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Unifor, 2013. p. 18.

A judicialização é suportada pelo Estado de Direito, pois ocorre quando configurada a omissão do Poder Legislativo no cumprimento do dever de regular determinada matéria garantidora de direitos fundamentais ou configuradora de princípios fundamentais. Nesta hipótese, o Judiciário não será ativista, porque, sendo excepcional, não estará descaracterizando a função típica do Poder Legislativo, nem estará se sobrepondo ao resultado normativo dessa função.

Todavia, mesmo respeitando as imposições postas pelo Direito, torna-se necessária a imposição de limites ao Supremo Tribunal Federal no momento em que exerce essa competência diferenciada da tradicional forma de defesa da Constituição, haja vista que, na eventualidade, de se permitir uma atuação de forma livre dessa função haveria, tão somente, a modificação da concentração de poder do órgão legislativo para o órgão judiciário, permitindo-se abusos ou deturpação do próprio poder pelo Judiciário. Assim, Gina Vidal Marcílio Pompeu e Clarissa Fonseca Maia<sup>21</sup> afirmam que:

Os riscos e as nefastas consequências de abuso do poder judicial são reais e por vezes confrontam-se diante da observância dos parâmetros teóricos da separação dos poderes [...] não se entende que o Judiciário ou a jurisdição constitucional deva se omitir da pauta de realização dos direitos fundamentais, desde que seja resguardado o cerne da limitação de funções típicas para que não se promova o agigantamento de um poder em detrimento de outro, nem mesmo comprometa-se a legitimidade das decisões formuladas.

Nessa esteira, faz-se necessária a imposição de limites ao próprio Poder Judiciário no exercício da função legislativa, tendo por finalidade a criação de óbices para impedir que aquele sopesse os demais órgãos estatais.

Um limite que se impõem é a observância da necessidade de esta função ser exercida tão somente quando houver a constatação da omissão inconstitucional, seja por meio do controle difuso, seja por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, observando-se o Estado de Direito imposto pelo constituinte originário, haja vista que ambos os institutos se encontram previsto na Constituição Federal de 1988. Desse limite imposto, se abstraem o caráter da excepcionalidade e subsidiariedade da atuação normativa da jurisdição constitucional, pois não se pode exercer tal função quando houver a regular atuação do Poder Legislativo no cumprimento de sua obrigação constitucional.

Ademais, entende-se que a normatividade imposta pelo Poder Judiciário deva ter a característica da transitoriedade, sendo, portanto, sua decisão ser tão somente um remédio contra a omissão estatal, devendo perder seus efeitos jurídicos regulamentares no momento em que o Poder Legislativo publique a lei infraconstitucional que regulamente o dispositivo constitucional objeto da regulamentação judicial. Desse obstáculo abstrai-se a característica da provisoriedade da decisão judicial, pois o Poder Judiciário não substitui o legislador na obrigação de regulamentar a Constituição Federal, tão somente atua para extinguir o vácuo normativo. Corroborar esse entendimento a lição de Anderson Sant'Ana Pedra<sup>22</sup>

As decisões do Tribunal Constitucional, quando oriundas do exercício da função legislativa *stricto sensu* devem ser compreendidas como decisões tipicamente derivadas de uma distribuição constitucional de competências, em que cada órgão constitucional de soberania respeite as competências dos demais, inadmitindo-se a ideia de que com a atuação do Tribunal Constitucional ocorreria a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão, já que não se está defendendo a perda de competência, mas sim uma substituição provisória da função de legislar.

Destarte, crer-se na viabilidade da atuação normativa do Supremo Tribunal Federal nos casos de omissões inconstitucionais, todavia, esta atuação deve se encontrar pautada pelo Estado de Direito, que possa ocorrer de tal forma que não afronte o princípio da separação dos poderes, sendo exercida de forma subsidiária, precária e provisória.

Portanto, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral, ao editar a resolução 23.389/2013, foi válida, não afrontando nenhuma disposição constitucional, principalmente, a tripartição dos poderes, pois, tão somen-

21 POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do legislativo. In: Jornada internacional de direito constitucional, 6., 2013, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Unifor, 2013.

22 PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Tribunal Constitucional como órgão de normaçaõ positiva*: condições e limites para a edição de enunciados normativos. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011. p. 142.

te, atuou de forma subsidiária, haja vista que a Lei Complementar 78/93 regulamenta o art. 45, § 1º, CFF/88 de maneira falha, já que não prevê o número mínimo e máximo de deputados federais para cada Estado-membro e não disciplina a forma de se ajustar os numerários de representantes em cada eleição majoritária.

## 5. CONCLUSÃO

O presente ensaio analisou questões referentes ao conceito e características da omissão inconstitucional, debruçando-se perante a resolução n. 23.389/2013, TSE, argumentando que esta, tão somente, foi um ato jurídico que tinha o escopo de concretizar a determinação constitucional contida no art. 45, § 1º, CF/88 e, por fim, esmiuçou-se a função normativa da jurisdição constitucional, advogando a tese de que a possibilidade de sentenças normativas é viável no ordenamento jurídico pátrio, respeitados alguns requisitos, tais como excepcionalidade e transitoriedade.

O fato de existirem vácuos normativos promovidos pelo Poder Legislativo deve ser combatido de todas as formas pelo Poder Judiciário, utilizando-se todos os meios permitidos pelo ordenamento jurídico, sejam legalmente admitidos ou jurisprudencialmente aceitos, haja vista que a ocorrência de inconstitucionalidades por omissão inviabiliza a vontade do poder constituinte originário e, no caso fático analisado neste trabalho, ocasiona prejuízos para própria democracia brasileira, pois determinados estados-membros não detêm a representatividade adequada ao número total de sua população na Câmara dos Deputados, situação que causa desequilíbrio de força política entre as unidades da Federação e desrespeito ao princípio da isonomia eleitoral.

O entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal não se compatibiliza com a proposta do Poder Constituinte Originário, haja vista que com a declaração de nulidade do ato normativo secundário do TSE houve o retorno ao estado de omissão total, reforçando-se o prejuízo democrático para os Estados-membros que se encontram com déficit na representação na Câmara dos Deputados. Dessa maneira, defende-se que a concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal em declarar a inconstitucionalidade da resolução n. 23.389/2013 não foi a melhor opção tomada pela Suprema Corte brasileira, tendo em vista que com a cessação dos efeitos daquela houve retorno ao *status quo ante* de vácuo normativo que ocasiona prejuízos na representatividade popular, com prejuízos à democracia brasileira e afronta ao princípio da igualdade eleitoral.

Conforme demonstrado o exercício de função normativa por órgãos diversos do que o Legislativo é viável no ordenamento jurídico pátrio, mesmo que tal ocorrência ocasione tensões institucionais entre os poderes constituídos, desta feita, o Supremo deveria ter ratificado o entendimento do TSE, pois assim estaria sinalizando para o Legislativo — e para seus componentes — que este deve tomar as decisões políticas necessárias para o desenvolvimento do Estado brasileiro, assumindo o ônus democrático de decisões polêmicas, porém necessária para o desenvolvimento do Estado e da sociedade brasileira, não se omitindo e transferindo a responsabilidade para outro órgão, que, na eventualidade de este ser comprometido com os ditames constitucionais, irá ultrapassar barreiras para cumprir com todas as determinações constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. *Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4947/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo751.htm>>. Acesso em: 23 set. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica.

MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Parâmetros para a verificação da omissão legislativa inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v.5, n. 20, p. 181-210, out./dez. 2011.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. *Tribunal Constitucional como órgão de normação positiva: condições e limites para a edição de enunciados normativos*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do legislativo. In: JORNADA INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 6., 2013, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: Unifor, 2013.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Kelly Cristina Vieira de. A teoria de separação de poderes proposta por Montesquieu e o Modelo de Separação no Brasil. In: Moraes, Filomeno (Org.) *Teoria do poder*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 117-130, jul./set. 2010.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O restabelecimento do exame  
criminológico por meio da  
súmula vinculante nº 26: uma  
manifestação do ativismo  
judicial**

The restoration of criminological  
examination by binding  
precedent n. 26: a manifestation  
of judicial activism

Flávia Ávila Penido

Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves



# O restabelecimento do exame criminológico por meio da súmula vinculante nº 26: uma manifestação do ativismo judicial\*

## The restoration of criminological examination by binding precedent n. 26: a manifestation of judicial activism

Flávia Ávila Penido\*\*

Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves\*\*\*

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a súmula vinculante número 26, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, representa uma manifestação do ativismo judicial. Considerando-se os caracteres do modelo da atual jurisdição constitucional, a atividade jurisdicional não pode confundir-se com uma atuação preponderantemente política, de forma a substituir a atividade política exercida pelo Legislativo sob pena de frustrar o paradigma do Estado de Direito. Partindo dessa premissa se analisa a edição da súmula vinculante número 26 pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, súmula esta que tem por objeto o exame criminológico. O Tribunal, ignorando a alteração legislativa operada em 2003, que deixou de exigir o exame criminológico como um requisito à progressão de regime, restabeleceu a possibilidade de recurso ao exame como mecanismo apto a verificar o implemento do requisito subjetivo. Partindo desse marco, este artigo questiona os limites da intervenção jurisdicional na seara política, ignorando a manifestação legislativa e inserindo um requisito desfavorável ao apenado, com base no pretenso fim de assegurar a segurança social. Para tanto, analisa teoricamente as críticas apontadas ao ativismo judicial para então aplicá-las ao contexto da edição da súmula vinculante em comento, sobretudo analisando o histórico da previsão do exame criminológico na Lei de Execução Penal e as justificativas para reinserção desse requisito.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Súmula vinculante número 26. Exame criminológico.

### ABSTRACT

This article aims to show that the binding precedent No. 26, issued by the Supreme Court in 2009, is a manifestation of judicial activism. Considering the characters of the current constitutional jurisdiction model, the judicial activity cannot be confused with a predominantly political action in order to replace the political activity exercised by the Legislature otherwise frustrate the rule of law paradigm. From this demarcation is that it analyzes

\* Recebido em 31/10/2014  
Aprovado em 01/02/2015

\*\* Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Professora Auxiliar na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada militante na área de Direito Penal e em Processo Penal, com ênfase em execução penal. Contato: f.avilapenido@gmail.com

\*\*\* Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Tem experiência na área de pesquisa científica, atuando principalmente nos seguintes temas: prova, processo penal e modelo constitucional de processo. Contato: jordania\_cog@hotmail.com

the issue of binding precedent No. 26 by the Supreme Court in 2009, this summary that has the criminological examination by object. The Court, bypassing the legislative amendment operated in 2003, which no longer require the criminological examination as a requirement progression system, restored the right of appeal to the examination as a mechanism able to verify to implement subjective requirement. From this framework, this paper questions the limits of judicial intervention in politics harvest, ignoring the legislative manifestation and inserting an unfavorable condition for inmates, under the pretense order to ensure social security. Therefore, theoretically analyzes the criticisms to judicial activism and then apply them to the context of the issue of binding precedent under discussion, mainly analyzing the survey forecast of historical criminological in the Penal Execution Law and the justifications for reintegration this requirement.

**Keywords:** Judicial Activism. Binding precedent number 26. criminological examination.

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa atenta para a crescente judicialização da política, com a postura da sociedade de cobrar, no âmbito Judiciário, soluções que originariamente caberiam ao executivo ou legislativo. Isso resulta na progressiva substituição das normas pelas decisões jurisdicionais com a prevalência de decisões solipsistas que ignoram a norma imposta pelo Legislativo. Esse fenômeno independe da atuação jurisdicional propriamente dita, e acaba por refletir características do contexto social atual. Trata-se da alternativa que a sociedade encontrou para verem efetivados seus direitos fundamentais.

O problema surge quando os órgãos jurisdicionais internalizam essa função de suprir as lacunas sociais, e passam a adotar uma conduta proativa, tomando a iniciativa de regular situações ainda sequer dispostas em lei ou restringir direitos pautados em uma pretensa vontade social. Trata-se do chamado ativismo judicial.

Nesse contexto, a pesquisa propõe a análise do fenômeno do ativismo judicial atrelado ao contexto social em que está inserido e considerando os ditames do processo democrático. Fundamental verificar até que ponto a atuação proativa de um órgão jurisdicional é legítima, especialmente quando este cria restrição a direitos ou quando afasta a aplicabilidade da norma criada por meio do processo legislativo desencadeado pelos representantes eleitos pelo povo.

Pretende-se abordar, especificamente, a edição da súmula vinculante n. 26 editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2009. A súmula, sem observar a alteração legislativa operada em 2003, firmou entendimento de que é possível a exigência do exame criminológico como requisito subjetivo complementar à concessão da progressão de regime ou livramento condicional. Trata-se do restabelecimento pelo Judiciário de requisito que dificulta a concessão de um direito assegurado por lei, com base na justificativa de assegurar a segurança social.

Verifica-se, pois, embate entre as funções previamente estabelecidas pela Constituição ao Judiciário e Legislativo, que se refletem diretamente nas garantias do processo constitucionalizado e, por conseguinte, nos direitos e garantias fundamentais do apenado.

Forçoso lembrar que, para concretizar o Estado de Direito, é preciso que este esteja amparado por um ordenamento jurídico-constitucional. Por Estado de Direito depreende-se a sujeição desse Estado a princípios e regras limitadores da atuação dos membros do Judiciário, como forma de garantir o controle da atividade jurisdicional pelo povo, de quem emana o poder exercido.

Com observância desse contexto, o presente artigo estrutura-se a partir da delimitação dos contornos que encerram a noção do ativismo judicial para então demonstrar o histórico de previsão do exame criminológico na Lei de Execução Penal (LEP). Ato contínuo, passa-se a apresentação de algumas justificativas comumente utilizadas para se defender a exigência da referida perícia, bem como os contra-argumentos. Isso, como forma de contextualizar o aspecto social inerente ao exame criminológico.

Nesses termos, partindo do estudo do ativismo judicial no contexto democrático processual, é que se propõe o debate da súmula vinculante de número 26 que tem como objeto o exame criminológico: tema a ser desenvolvido na presente pesquisa.

## 2. LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

A pesquisa estrutura-se partindo do pós-modernismo, quando o processo apresentava-se como instituição legitimadora da Jurisdição.<sup>1</sup> Quer dizer que deve se desencadear a partir de uma instituição constitucionalizada previamente definida e permeada pelas garantias dispostas no texto constitucional, como forma de legitimação da tutela dos direitos fundamentais quando do exercício da função jurisdicional.

Considerando-se os caracteres do modelo da atual jurisdição constitucional, a atividade jurisdicional não pode confundir-se com uma atuação preponderantemente política, de forma a substituir a atividade política exercida pelo Legislativo. Esse contexto ressaltaria o fenômeno do ativismo judicial.

Vieira, citando Cass Sunstein, estabelece alguns critérios que identificam a postura ativista do órgão jurisdicional:

Em uma primeira acepção, o ativismo judicial será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo (SUNSTEIN, 2005, p. 41-44). Ou seja, com que frequência os tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores” (SUNSTEIN, 2005, p. 43). Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático<sup>2</sup>.

Conforme exposto pelo autor, o ativismo judicial mostra-se presente quando o Judiciário passa a invalidar as normas e atos normativos emanados por outras Funções do Estado. Quando atinge o âmbito do Legislativo, faz com que os órgãos jurisdicionais retirem o poder de regulamentação das mãos dos eleitores. O referido fenômeno também transparece quando o Judiciário busca suprir omissões, como por exemplo, visando concretizar políticas públicas garantidores de direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso define o ativismo judicial segundo alguns parâmetros:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>3</sup>.

Ocorre que, atualmente, o Judiciário vem assumindo função de dar respostas rápidas aos clamores sociais e, por vezes, acaba extrapolando sua função jurisdicional em nome da eficiência que se espera:

Esse contexto de uma presença mais efetiva do direito cria, como consequência lógica, um processo de judicialização de demandas sociais, preocupadas com a concretização do amplo elenco de Direitos Fundamentais. As consequências para a teoria processual não são pequenas. Tal processo é denominado

1 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

2 SUNSTEIN, Cass apud VIEIRA, José Ribas; GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. (Edição Especial Direito). Disponível em: <[http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re visado.pdf](http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re%20visado.pdf)>. Acesso em: 6 out. 2014.

3 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012. p. 28.



um regime de direito que, ao mesmo tempo, torna possível e limita o exercício de suas funções essenciais, dentre elas a jurisdição. Carré de Malberg, a esse respeito, informa que o regime do Estado de Direito implica essencialmente a imposição de regras limitativas impostas pelo Estado a si mesmo no interesse de seus súditos. Assim, para o autor, o Estado de Direito é aquele que formula prescrições relativas ao exercício de suas funções de forma a estabelecer mecanismos para preservar e defender os cidadãos das arbitrariedades das autoridades estatais. Portanto, estabelece-se no interesse e para a salvaguarda dos indivíduos, assegurando a proteção de seus direitos.<sup>10</sup>

E continua o autor:

Os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem olvidarem a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infrinjam. A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais.<sup>11</sup>

Nesse contexto é que se passará a análise da edição da súmula vinculante número 26 que, sem observar a vontade legislativa que extirpou do ordenamento jurídico o exame criminológico, restabeleceu a possibilidade de exigência da referida perícia como um requisito complementar a aferição do implemento do requisito subjetivo necessário à concessão da progressão de regime e do livramento condicional.

## 2.1. O restabelecimento da exigência do exame criminológico por meio da súmula vinculante número 26

A súmula vinculante nº 26 foi publicada em 2009 e, desde então, foi amplamente mencionada por encerrar a discussão acerca da inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Na verdade, nesse ponto o enunciado da súmula não inovou substancialmente, posto que já estivesse em vigor a Lei nº 11.464/07, que alterou a redação do parágrafo primeiro para prever o regime inicialmente fechado.

A novidade comemorada por grande parte da doutrina pode ser extraída dos debates que antecederam a edição da súmula, nos quais o STF deixa transparecer que, em se tratando de crimes praticados antes da vigência da Lei 11464/07, aplica-se o art. 112 da LEP — que prevê como requisito objetivo necessário à concessão da progressão de regime o cumprimento de 1/6 da pena —, já que a lei em comento aumentou o requisito objetivo para 2/5, se primário; e 3/5, se reincidente. Esse entendimento firmado homenageia o já consagrado princípio que rege o conflito de leis penais no tempo: “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Ocorre que a súmula vinculante nº 26 tratou também do exame criminológico, e é exatamente esse o ponto controverso.

É de se observar que a súmula vinculante nº 26 passou a admitir a realização facultativa de exame criminológico quando o magistrado, diante do caso concreto, acreditar ser necessário. Esse seria só mais um dentre outros entendimentos firmados pelo STF por meio de súmulas vinculantes, não fosse uma especificidade: a redação do art. 112 da LEP antes e depois da vigência da Lei nº 10.792/03.

Até 2003 o parágrafo único do art. 112 da LEP previa a possibilidade de o juiz, caso entendesse necessário diante do caso concreto, determinar a realização de exame criminológico com vistas a fundamentar a concessão — ou não — da progressão de regime. A partir desse ano, com o advento da Lei nº 10.792/03, o referido dispositivo legal foi alterado de forma a não mais prever a possibilidade de realização do exame criminológico no momento da concessão do benefício da progressão de regime<sup>12</sup>.

10 CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1948. Versión española de José Lón Depetre. p. 450-451.

11 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 122.

12 Artigo 112 da LEP em sua redação original: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a trans-

Observa-se que a LEP, que trazia em seu bojo o exame criminológico facultativo, foi alterada em 2003 e não mais menciona a possibilidade de realização do exame.

Não obstante, em 2009, com a edição da súmula vinculante nº 26, o STF restabeleceu a facultatividade do exame criminológico, conforme é possível extrair da redação da súmula em comento:

Súmula Vinculante nº 26 - Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, **podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico** (grifo nosso).

Como se vê, o STF, quando da edição da súmula vinculante nº 26, não se limitou a firmar entendimento sobre o assunto. Fez mais: restabeleceu a previsão de instituto que havia sido derogado de nosso ordenamento jurídico quando da entrada em vigor da Lei nº 10.792/03. E mais: instituto que restringe o direito fundamental à liberdade, uma vez que cria requisito que condiciona a concessão dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal a um laudo criminológico.

A postura ativista do STF interferiu sensivelmente na alteração legislativa promovida pela lei nº 10.792/03 de forma a restabelecer o que sua redação original previa. Ignorou-se a vontade do legislador externada pela subtração de um requisito à progressão de regime e o reinsereu no ordenamento jurídico, como se o órgão jurisdicional fosse legislador.

## 2.2. O voto divergente do Ministro Marco Aurélio

Quando da votação da súmula vinculante nº 26 pelo Plenário do STF, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se contrariamente à sua edição.

Dentre os argumentos veiculados pelo ministro em seu voto, destaca-se, em primeiro lugar, a questão do atraso na concessão dos benefícios, quando estes dependiam da realização de exame criminológico. Marco Aurélio menciona os dados levantados pela Defensoria Pública de São Paulo que demonstram que cerca de oitenta mil presos aguardavam a realização do exame criminológico, já tendo cumprido os demais requisitos necessários à concessão do benefício:

[...] Esse texto foi expungido [refere-se ao texto original do parágrafo único do art. 112 da LEP, que previa o exame criminológico e foi alterado em 2003 de forma a não mencionar mais o exame], ou seja, tendo em conta a realidade brasileira — volto ao quadro mencionado da tribuna pelo ilustre defensor, da Defensoria Pública do Estado de São Paulo —, esse exame já se mostrava, senão inócuo — quanto ao conteúdo de duvidosa propriedade —, inviável, porque oitenta mil presos aguardavam, havendo alcançado tempo para a progressão, o famigerado exame. Recordo, a imprensa veiculou a existência de trabalho visando, justamente, a dar àqueles que estão sob a custódia do Estado tratamento digno, tratamento previsto na própria Constituição Federal. Por isso, penso que não podemos desconhecer essa realidade normativa, ou seja, que a exigência do exame criminológico seja afastada como requisito necessário à progressão.<sup>13</sup>

---

ferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”. Artigo 112 da LEP com redação pela lei 10.793/03: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes”.

13 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_30.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2014

Como bem disse o ministro, essa realidade de atrasos na concessão dos benefícios era fator corriqueiro na execução penal brasileira, quando vigente em nosso ordenamento a previsão legal de exigência do exame criminológico. Por se mostrar inócua e prejudicial aos condenados, tal previsão foi extirpada de nosso ordenamento em 2003.

Diante da constatação de prejuízos acarretados aos condenados pela exigência do exame, restabelecê-lo por meio da súmula vinculante seria, em suma, vincular os órgãos do Judiciário a uma interpretação desfavorável ao apenado:

Quanto à parte final, conheço os pronunciamentos de ambas as Turmas da Corte, apenas ressaltaria certa modificação legislativa, que foi mencionada da tribuna, verificada em 2003. O que havia antes no art. 112 da Lei de Execução Penal – LEP? Tinha-se parágrafo que direcionava no sentido de a progressão dar-se a partir do denominado exame criminológico. Editou-se a Lei nº 10.792, em 2003, e expungiu-se essa exigência. **Indago: podemos partir para interpretação analógica que acabe por prejudicar o réu? A resposta é desenganadamente negativa.** Não podemos nos antecipar a projeto em tramitação no Congresso, para restabelecer — no campo jurisprudencial — o exame criminológico, que, sabidamente, dificulta a progressão. Como ressaltado da tribuna, em 2003, havia oitenta mil presos na fila de pedidos aguardando o exame. Por isso é que adianto o voto, e devo ter muito cuidado na edição de verbete vinculante, especialmente em matéria penal, no sentido de não aprová-lo, porque se o fizermos, restabelecendo a redação primitiva do artigo 112 da Lei de Execução Penal, estaremos atuando como legisladores<sup>14</sup> (grifo nosso).

E continua o ministro, atentando novamente que a edição da súmula vinculante em discussão acabaria por restabelecer exigência prejudicial ao apenado, especialmente diante da derrogação do texto original do art. 112:

[...] penso que se reintroduz, no cenário normativo – já que o verbete vinculante tem força *erga omnes*, só não obrigando o Congresso Nacional –, exigência prejudicial ao réu. Volta a valer o texto primitivo derogado pela lei que mencionei, a Lei nº 10.792/03. A derrogação, para mim, mostra-se, no caso, muito clara. Por quê? Porque antes havia o parágrafo único com a seguinte redação: “a decisão será motivada e precedida de parecer da comissão técnica de classificação e do exame criminológico”.<sup>15</sup>

Como é possível inferir das palavras do ministro, com aprovação do verbete, estar-se-ia restabelecendo, no mundo das normas, exigência derogada pelo Legislativo a partir da Lei nº 10.792/03 e se antecipando a projeto de lei ainda em tramitação. Marco Aurélio conclui com questionamentos enfáticos: “mantém-se a exigência do exame criminológico? Restabelecemos, portanto, ignorando a derrogação ocorrida, o texto anterior. Antecipamo-nos, portanto, à aprovação do projeto que está em curso no Congresso?”<sup>16</sup>

O ministro alerta ainda que “se o fizermos, restabelecendo a redação primitiva do artigo 112 da Lei de Execução Penal, estaremos atuando como legisladores<sup>17</sup>”.

Isso porque, conforme é possível extrair da íntegra de seu voto, o STF estaria vinculando os demais órgãos do Judiciário a posicionamento contrário à vontade manifestada pelo Legislativo quando da edição da Lei nº 10.792/03. Se o legislador altera o ordenamento jurídico de forma a retirar requisito antes necessário à concessão da progressão de regime, não pode o Judiciário retomar a possibilidade de exigência desse requisito.

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_30.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2014.

15 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_30.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2014, p. 8.

16 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_30.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2014.

17 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_30.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2014.

Em outros termos, a partir da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.792/03, o exame criminológico deixou de ser um requisito à progressão de regime. O que a súmula vinculante nº 26 fez foi retomar a redação original do art. 112 da LEP, ignorando a vontade expressa do legislador quando este editou a lei datada de 2003.

Como é possível inferir, o STF exorbitou de sua função jurisdicional e fez mais do que estabelecer seu entendimento acerca do instituto. Se atualmente não há menção ao exame no dispositivo legal, não há o que interpretar. Em verdade, o STF atuou como legislador ao inserir requisito não previsto em lei.

Dessa forma, apesar de ter sido o único voto contrário à edição da súmula, seu posicionamento merece destaque, pois, afinal, reconhece a atuação exorbitante do STF ante o cenário normativo vigente.

### 3. O EXAME CRIMINOLÓGICO COMO REQUISITO À PROGRESSÃO DE REGIME: DIVERGÊNCIAS

O exame criminológico consiste em perícia vista como capaz de delinear a personalidade do condenado por meio de análise psicológica e da avaliação de sua conduta pessoal, para identificar a sua propensão ao crime<sup>18</sup>. Segundo Guilherme de Souza Nucci, o exame criminológico parte da análise de diversos fatores para avaliar o grau de periculosidade do apenado e sua tendência à reincidência. O autor cita como alguns desses fatores a maturidade do condenado, sua disciplina, a capacidade de suportar frustrações e estabelecer laços afetivos com a família ou terceiros, seu grau de agressividade<sup>19</sup>.

O exame criminológico previsto na redação original do parágrafo único do artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), objeto deste estudo, tem por escopo verificar se o condenado está apto a retornar ao convívio social por meio do ingresso em regime de cumprimento de pena mais brando. Em suma, objetiva avaliar o grau de periculosidade do condenado e a probabilidade de ele voltar a delinquir<sup>20</sup>. É realizado, no

18 Segundo Bitencourt, “o exame criminológico, que é uma perícia, embora a LEP não o diga, busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir, o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, por meio de um exame genético, antropológico, social e psicológico”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 499) Edmundo Oliveira conceitua o exame criminológico como uma pesquisa que visa apurar a periculosidade do réu, analisando para tanto o crime praticado e os “precedentes pessoais e familiares do réu, sob os aspectos físico-psíquico, psicológico e sociológico-ambiental”. OLIVEIRA, Edmundo. *O delinqüente por tendência*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 111. Segundo Salo de Carvalho, “o dispositivo se inspira na reclamada defesa social e tem por objetivo a prevenção geral. Se após o exame criminológico (ou resultar da convicção do juiz) ainda revelar o condenado sinais de desajustamento aos valores jurídico-criminais, deverá continuar a sofrer imposição daquela pena até o seu limite final se a tanto for necessária em nome da prevenção especial. CARVALHO, Salo de. *O papel da perícia psicológica na execução penal: psicologia jurídica no Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: NAU, 2009. p. 142.

19 Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 400-501.

20 O exame tem objetivos distintos a depender do momento em que é exigido, a saber: o exame criminológico exigido no início do cumprimento da pena, com fulcro nos artigos 34 do Código Penal e 8º da LEP prevêem a realização do exame criminológico como instrumento para que se proceda à individualização da pena. Esta, atendida pelo exame de classificação bem como pelo acompanhamento técnico durante o cumprimento da pena, seria imprescindível para determinar as condições em que o apenado ingressou no sistema prisional e sua evolução. Visa, pois, identificar as características do apenado com vistas a elaborar um programa individualizado de cumprimento de pena, adequado às necessidades de cada condenado. O exame criminológico realizado para esse fim não se confunde com aquele realizado no momento da concessão dos benefícios previstos na LEP, já que os objetivos de realização do exame são distintos. Observando a redação original do artigo 112 da LEP, anterior a alteração trazida pela Lei 10.792/03, verifica-se que o exame tem por objetivo avaliar o grau de periculosidade do apenado e, portanto, a possibilidade de voltar a delinquir. A redação atual do artigo 112 da LEP, no entanto, não prevê a exigência do exame criminológico, o que será analisado adiante. Sem diferenciar os objetivos do exame criminológico tomando por base o momento de sua exigência, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), no parecer 2013 de 2009, acerca do Projeto de Lei nº 190/2007, que visa tornar o exame criminológico requisito necessário à concessão dos benefícios da execução penal, parecer este assinado pelo Senador relator Antônio Carlos Júnior, cita o princípio constitucional da individualização da pena como fundamento para a alteração do art. 112 da LEP no sentido de tornar obrigatório o exame. BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado n. 190, de 2007, que altera a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/68465>>



momento da concessão da progressão de regime ou livramento condicional, como complemento ao requisito subjetivo do bom comportamento carcerário.

Para aqueles que defendem a exigência do exame criminológico como requisito à concessão dos benefícios previstos na LEP, este se justifica por assegurar os interesses sociais, considerando-se que a avaliação do grau de periculosidade impediria a inserção do apenado em regime de cumprimento de pena mais brando quando demonstrasse que há grande probabilidade de este voltar a delinquir. É o que dispõe o item 32 da Exposição de Motivos da LEP bem como a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

As duas perícias, a criminológica e a da personalidade, colocadas em conjugação, tendem a fornecer elementos para a percepção das causas do delito e indicadores para sua prevenção. Ademais, pode impedir, como tem ocorrido, a transferência de reclusão para o regime de liberdade ou de prisão albergue, bem como a concessão de livramento condicional, de condenados que não estavam para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social.<sup>21</sup>

Quando da elaboração do Projeto de Lei do Senado nº 75/2007, que visa tornar obrigatório o exame criminológico para fins de concessão dos benefícios da LEP, o Senador Gerson Camata ressaltou que:

A mera comprovação do bom comportamento carcerário pelo diretor do estabelecimento penal não alcança a avaliação por técnico das áreas psiquiátrica, psicológica e social. Além disso, a autoridade administrativa passou a conceder progressões e regressões dos regimes, independentemente do parecer da Comissão Técnica de Classificação. Portanto, sem o parecer desta Comissão, o sistema penal hoje permitiria, em tese, a transferência de reclusos para regime de semiliberdade ou de prisão-albergue, ou para a total liberdade, sem que estejam preparados para tanto, o que constituiria flagrante desatenção aos interesses da segurança social<sup>22</sup>.

No mesmo sentido o Senador Demóstenes Torres, em parecer acerca do Projeto de Lei do Senado nº 75 de 2007, ressalta a fragilidade da avaliação feita pelo diretor do estabelecimento prisional acerca do comportamento do apenado, em detrimento da avaliação feita por profissionais integrantes da equipe multidisciplinar.<sup>23</sup>

Segundo o exposto, somente o atestado de conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento prisional não seria suficiente para garantir que o condenado não voltará a delinquir quando inserido em regime de semiliberdade, o que colocaria em risco a segurança pública e os interesses sociais. Com a avaliação do grau de periculosidade por meio do exame criminológico, o que se busca é a garantia de que o condenado poderá atingir regimes de cumprimento de pena mais brandos sem, com isso, fragilizar a segurança pública.

Ocorre que defender que a execução penal sirva de instrumento para dar uma resposta ao clamor social é negar por completo o princípio da individualização da pena vez que

É incompatível falar em individualização da pena na execução penal e ao mesmo tempo afirmar que na execução penal vige o *in dubio pro societate*, eis que esta afirmação é exatamente a negação daquela. [...] Dar por prevalentes os interesses sociais na execução penal é negar vigência ao princípio da individualização da pena e às garantias constitucionais e usar o preso para dar satisfação à sociedade, ignorando sua individualidade e dignidade. Dessa forma, falar que na execução penal vige o *in dubio pro societate* é ignorar por completo que os princípios consagrados na Constituição se estendem à execução penal.<sup>24</sup>

pdf>. Acesso em: 21 jan. 2015.

21 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 51.

22 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 75 de 2007*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena, quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/9342.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

23 BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 75, de 2007, de autoria do Senador Gerson Camata, que altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena, quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24088>>. Acesso em: 21 de jan. 2015.

24 BARROS, Carmen Silvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6º e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, ano 12, n. 48, p.179-193,

E a individualização da pena visa justamente ao necessário retorno do apenado ao convívio social, sem que a sua individualidade sirva de exemplo para alcançar fins que não lhe dizem respeito.<sup>25</sup>

Ademais, exigir o exame criminológico com fundamento em interesses sociais significa negar a concessão de um **direito** com fundamento na personalidade do condenado. Trata-se de homenagem ao direito penal do autor, deslocando-se o juízo de culpabilidade para a culpa do autor em detrimento da conduta, ou seja, deixa de censurar o agente por seu comportamento, e passa a restringir direitos com fundamento na sua conduta de vida, seu caráter, sua personalidade. Não se funda no que o agente faz, mas o que ele é.<sup>26</sup>

Considerando-se que o exame criminológico pune o condenado com a manutenção em regime mais rigoroso por supostos indícios de que este poderá voltar a delinquir, verifica-se que a perícia criminológica pauta-se pela culpabilidade do autor em detrimento da culpa pelo fato, baseando-se na personalidade do agente que pode ser mais ou menos tendenciosa à reincidência. Em suma, condiciona-se a concessão de um direito à reforma da personalidade do agente.

É ainda importante ponderar a impropriedade do objeto do exame criminológico, a chamada periculosidade do agente, ou seja, a sua tendência para o crime. A essa tendência, Eugênio Raul Zaffaroni dá o nome de “determinação”<sup>27</sup>. Com esteio na lição do autor, inconcebível admitir que o homem esteja predeterminado à prática de um crime motivo pelo qual também seria impossível prever o comportamento humano. Nesse sentido, é a lição de Tânia Kalker com esteio em Jurandir Freire:

[...] é impossível prever o comportamento humano como quem prevê a dilatação do metal pelo calor. É impossível controlar a imprevisibilidade dos homens. Para ele, qualquer tentativa neste sentido, só pode estar a serviço de uma mascarada cumplicidade com as razões de Estado. E avaliar uma pessoa segundo seu grau de adaptação às normas sociais não pode ser considerado outra coisa.<sup>28</sup>

Quando o exame criminológico se propõe a quantificar o grau de periculosidade do agente e verificar se este está apto a retornar ao convívio social, de forma a não oferecer riscos à segurança social, pauta-se na análise da periculosidade do agente. Busca-se realizar possível juízo de reincidência, como se fosse possível que um exame consiga predizer se o apenado vai ou não voltar a delinquir.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), quando da elaboração de parecer acerca do Projeto de Lei do Senado nº 190 de 2007, também criticou a exigência do exame criminológico. Isso porque, diante da diversidade de situações que podem levar ao crime, a análise de apenas alguns delas não seria capaz de precisar a possibilidade da ocorrência ou não de outro fato criminoso. Em outras palavras, analisar somente alguns aspectos da vida do apenado não garante a precisão do exame em avaliar as possibilidades de reincidência:

Sendo o comportamento criminoso uma relação entre a ação do sujeito e o meio que realiza essa ação, seria possível estabelecer graus de periculosidade ou prognóstico de reincidência a partir da análise tão

---

maio/jun. 2004. p.182-183

25 BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6 e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 12, n. 48, p.179-193, maio/jun. 2004. p. 182-183.

26 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. p. 235.

27 “Quando se sustenta que o homem é um ser que somente se move por causas, isto é, determinado, que não goza de possibilidade de escolha, que a escolha é uma ilusão e que, na realidade, sempre atuamos movidos por causas, sem que nossa conduta se distinga dos outros fatos da natureza, nessa concepção não haverá lugar para a culpabilidade. [...] Por conseguinte, em nada servirá para a qualificação da pena. Somente será considerado o grau de determinação que tenha o homem para o delito, ou seja, a periculosidade. Esse será, assim, o direito penal da periculosidade, para o qual a pena terá como objeto (e também como único limite) a periculosidade. [...] Em princípio, descartamos de plano a idéia de uma completa determinação do homem. cremos que o determinismo é uma degradação da imagem humana que, embora sendo um ente submetido a condicionamentos históricos de índole muito diversa, nunca perde totalmente a sua capacidade de escolha, sua autonomia moral e, portanto, sua responsabilidade. Caso se negue a possibilidade de escolha humana, nega-se com isso qualquer forma de responsabilidade. Quem não pode escolher não pode ser responsável de nada, em nenhum sentido”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 115-116.

28 KOLKER, Tania. A atuação dos psicólogos no sistema penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicologia jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro: NAU, 2009. (Ensino da Psicologia). p. 201.

exclusivamente de alguns vetores do comportamento ligados ao sujeito? Seria possível pretender alertar às autoridades da ocorrência de um futuro comportamento criminoso desconsiderando as contingências? A resposta parece ser negativa. Então por que submeter os sujeitos que passam pela prisão a essa medida? Qual sua intencionalidade? Que conceitos são evocados para justificar tal procedimento?<sup>29</sup>

Corroborando as críticas ofertadas à exigência do exame o posicionamento do Conselho Federal de Psicologia (CFP) que editou a resolução de nº 0009/2010, regulamentando a atuação do psicólogo no sistema prisional<sup>30</sup>.

Em seu art. 4º, “a”<sup>31</sup>, demonstrando sua contrariedade ao exame criminológico como forma de prever comportamentos, o CFP vedou a participação de psicólogos na elaboração de laudos criminológicos que tenham por objetivo instruir pedidos de progressão de regime ou livramento condicional. Em nota o Conselho Federal de Psicologia esclareceu os motivos que levaram a edição da resolução mencionada:

A Resolução 009/2010 é resultado de debates realizados sobre o uso do exame criminológico para concessão de benefícios legais, como livramento condicional ou progressão de regime. Entende-se que não é possível realizar tal prática sem considerar a eficácia do modelo de privação de liberdade, ou seja, as condições de execução da pena, que são variáveis importantes e que interferem no processo de avaliação. Não é possível concluir o que ocorrerá com aquelas pessoas, considerando apenas as suas características e condições individuais, sem problematizar todo o processo e os elementos oferecidos para a suposta ressocialização ou superação de fatores que o levarão a cometer novos delitos<sup>32</sup>.

E continua:

Ao vedar a realização do exame criminológico pelos psicólogos, os Conselhos de Psicologia têm claro que este exame nunca contribuiu para o desenvolvimento de políticas de continuidade, ou seja, acompanhamento do preso ou atendimento psicológico. Ao contrário, ele leva à substituição de acompanhamento sistemático e contínuo dos indivíduos pela simples rotulação, que pode beneficiar ou a prejudicar os sujeitos, sem que contribua com soluções para os problemas identificados pelos profissionais psicólogos – presentes no comportamento dos indivíduos, mas também no contexto, na sociedade, nas relações em que cada ser está inserido. Ademais, o exame criminológico gera expectativas reducionistas e simplistas quanto à possibilidade de prever o comportamento futuro do preso, visto que o comportamento é fruto de um conjunto amplo e diversificado de determinantes. [...] Pode-se questionar também a forma como são realizados os exames criminológicos, os quais, ainda que não mais previstos em Lei, são solicitados para ser realizados em pouco tempo e em condições impróprias, levando à tomada de decisão em processos de soltura de pessoas que podem não corresponder às condições adequadas para a convivência social (grifo nosso)<sup>33</sup>.

Diante das manifestações do Conselho Federal de Psicologia, constata-se que até mesmo os psicólogos, profissionais que fazem parte da equipe multidisciplinar responsável pela realização do exame criminológico

29 BRASIL. Ministério da Justiça. *Parecer CNPCP sobre exame criminológico para progressão de regime*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F1AD397ITEMID2D0D9AD3507E4A849A6385DC6AD105D5PTBRIE.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

30 Conselho Federal de Psicologia. *Resolução n. 009/10*. Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional. Disponível em: <[http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010\\_009.pdf](http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010_009.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

31 Art. 4º. Em relação à elaboração de documentos escritos: a) Conforme indicado nos Art. 6º e 112º da Lei nº 10.792/2003 (que alterou a Lei nº 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado. Conselho Federal de Psicologia. *Resolução n. 009/10*. Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional. Disponível em: <[http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010\\_009.pdf](http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010_009.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

32 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Nota sobre a Resolução CFP que, ao regulamentar a atuação do psicólogo no sistema prisional, impede a realização do exame criminológico pela categoria*. 2010. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-resolucao-cfp-que-ao-regulamentar-a-atuao-do-psicologo-no-sistema-prisional-impede-a-realizacao-do-exame-criminologico-pela-categoria/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

33 CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Nota sobre a Resolução CFP que, ao regulamentar a atuação do psicólogo no sistema prisional, impede a realização do exame criminológico pela categoria*. 2010. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-resolucao-cfp-que-ao-regulamentar-a-atuao-do-psicologo-no-sistema-prisional-impede-a-realizacao-do-exame-criminologico-pela-categoria/>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

co, fazem críticas muito semelhantes àquelas apontadas pelos demais autores. Verifica-se a ineficiência do exame como instrumento para prever a reincidência, funcionando como mecanismo de reforço ao direito penal do autor a pretexto de se garantir a segurança social sabidamente inalcançável por essa via.

Trata-se de exercício de previsão de condutas pautado em alguns indícios que não têm o condão de serem determinantes da conduta do agente. Se não é possível defender a existência da periculosidade como a predeterminação do indivíduo ao crime, tampouco há possibilidade de se mensurar essa determinação, o exame criminológico não encontra razão para subsistir pela inexistência de seu próprio objeto.

#### 4. CONCLUSÃO

O momento atual, com a elevação do processo à instituição constitucionalizada, mostra-se propício ao debate acerca do ativismo judicial, especialmente quando se constata que, cada vez mais, o Judiciário vem sendo proclamado pela sociedade como a função capaz de sanar seus anseios e as lacunas deixadas pelo legislativo e executivo. A sociedade, no afã de ver suas demandas atendidas, acaba por aceitar, ou clamar, por uma conduta pró-ativa do Judiciário sem, contudo, observar as normas constitucionais que permeiam o processo imitam e legitimam o exercício da função jurisdicional.

Considerando-se os caracteres do modelo da atual jurisdição constitucionalizada, a atividade jurisdicional não pode confundir-se com uma atuação preponderantemente política, de forma a substituir a atividade política exercida pelo Legislativo. Esse contexto resultaria no fenômeno do ativismo judicial.

O ativismo judicial, além de conferir poder criativo aos órgãos jurisdicionais, mostra-se como mecanismo por meio do qual o magistrado ou Tribunal, ao proferir decisões, pode invalidar normas criadas pelo Legislativo ou criar critérios limitadores de sua aplicabilidade, de acordo com o que a ideologia do julgador presume ser justo e adequado ao caso concreto. Retira, pois, a legitimidade do cidadão, conferida pela Constituição, de elaborar as normas por meio de seus representantes eleitos, passando os órgãos jurisdicionais a assumir a função de criação e gestão das normas.

Nesse sentido, a norma editada pelo Congresso Nacional vai sendo relativizada e, aos poucos, substituída por sentenças. O Judiciário, pois, passa a funcionar como um 'poder moderador', responsável por validar e corrigir os atos emanados pelas demais Funções do Estado.

Ao desvincular o órgão jurisdicional dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, afasta-se do ideal de um Estado de Direito Democrático. Nesse tipo de Estado, as normas vinculam o Estado-judiciário funcionando como um limitador do arbítrio dos órgãos que o compõem. O ativismo judicial, pois, pode comprometer a democracia processual e, por conseguinte, a construção de um Estado de Direito Democrático ante a relativização das normas em face do subjetivismo do julgador.

Nesse contexto, a Súmula Vinculante nº 26 mostra-se como verdadeiro exemplo de manifestação do ativismo judicial. Isso porque com o advento da Lei nº 10.792, em 2003, e a consequente alteração da redação do artigo 112 da LEP, verifica-se que a previsão de realização do exame criminológico foi expurgada do nosso ordenamento jurídico.

Nessa perspectiva, quando a súmula vinculante nº 26, em 2009, trouxe a possibilidade de realização de exame criminológico, ela fez mais do que firmar entendimento acerca de tema controverso: restabelece um instituto que havia sido derogado por lei.

E é exatamente quanto ao aspecto da inovação que a súmula vinculante nº 26 se destaca entre as demais: a referida súmula não somente firmou o entendimento acerca da possibilidade de exigência do exame criminológico, como também inovou no ordenamento jurídico ao reintroduzir a redação derogada do parágrafo único do art. 112 da LEP. Não se trata de interpretar um ou outro dispositivo legal de forma a optar pelo

entendimento mais condizente com o texto constitucional. O dispositivo legal no qual se baseia a súmula simplesmente não trata mais do instituto, de forma que não se tem nessa hipótese mera interpretação, mas, sim, inovação.

Em outros termos, quando o Judiciário, por meio do STF, editou uma súmula com efeito vinculante acrescentando ao nosso ordenamento um instituto que não mais estava previsto, fez mais do que interpretar: legislou. Mostra-se como exercício de atividade legislativa típica, porém, por órgão que não tem essa como sua principal atribuição.

Por fim, cabe ainda mencionar que, conforme bem destacou o Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto contrário à edição da súmula, esta pretende criar requisito à concessão dos benefícios da LEP por interpretação analógica em prejuízo do condenado. O prejuízo mostra-se claro tomando por base a demora na concessão do benefício quando pendente de realização de exame criminológico por determinação do magistrado.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. As modificações introduzidas nos arts. 6 e 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 e a jurisdicionalização e a individualização da pena na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 48, p.179-193, maio/jun. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jun. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Parecer CNPCP sobre exame criminológico para progressão de regime*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F1AD397ITEMID2D0D9A-D3507E4A849A6385DC6AD105D5PTBRIE.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Proposta de súmula vinculante 30*. Distrito Federal. 2009. Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV\\_30.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_30.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2014

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 75 de 2007*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena, quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/9342.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 75, de 2007, de autoria do Senador Gerson Camata, que altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena, quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=24088>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

BRASIL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 190, de 2007, que altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para prever o exame criminológico para progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/68465.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1948. Versión española de José Lión Depetre.

CARVALHO, Salo de. O papel da perícia psicológica na execução penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicologia Jurídica no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Moção contra o exame criminológico*. Disponível em: <<http://www.cprj.org.br/documentos/2009-mocao-contra-exame-criminologico.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Nota sobre a Resolução CFP que, ao regulamentar a atuação do psicólogo no sistema prisional, impede a realização do exame criminológico pela categoria*. POL, 2010. Disponível em: <<http://site.cfp.org.br/nota-sobre-a-resolucao-cfp-que-ao-regulamentar-a-atuacao-do-psicologo-no-sistema-prisional-impede-a-realizacao-do-exame-criminologico-pela-categoria/>>. Acesso em: 27 jan. 2015.

Conselho Federal de Psicologia. *Resolução n. 009/10*. Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional. Disponível em: <[http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010\\_009.pdf](http://www.pol.org.br/pol/export/sites/default/pol/legislacao/legislacaoDocumentos/resolucao2010_009.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey: 2004

GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 4. 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/136/132>>. Acesso em: 06 out. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KOLKER, Tania. A atuação dos psicólogos no sistema penal. In: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Org.). *Psicologia jurídica no Brasil*. Rio de Janeiro. 2.ed. Rio de Janeiro: NAU, 2009. (Ensino da Psicologia).

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEGRI, André Del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Edmundo. *O delinquente por tendência*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SANTOS, Fernanda Barbosa; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hermenêutica a favor da tutela dos direitos fundamentais no processo penal. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2008, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 33. ed. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito in concreto. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, v.14, p.5-17, nov./dez. 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, José Ribas; GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. (Edição Especial Direito). Disponível em: <[http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re visado.pdf](http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20re%20visado.pdf)>. Acesso em: 6 out. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas *ad hoc*.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);



A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site [www.publicacoes-academicas.uniceub.br](http://www.publicacoes-academicas.uniceub.br), com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 5, Número Especial