

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LIMITES NA ATUAÇÃO DO STF**

Lucas Bianchi Ambrózio

Presidente Prudente/SP

2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**LIMITES NA ATUAÇÃO DO STF**

**LUCAS BIANCHI AMBROZIO**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. MSC. Marcelo Agamenon Góes de Souza.

Presidente Prudente/SP

2016

## LIMITES NA ATUAÇÃO DO STF

Trabalho de conclusão curso aprovado como requisito parcial pra obtenção de grau de bacharel em Direito.

---

MARCELO AGAMENON GOES DE SOUZA.

Orientador

---

JOÃO VICTOR MENDES DE OLIVEIRA

Examinador

---

JOÃO AUGUSTO ARTEFELI PANUCCI

Examinador

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2016

Dedico este trabalho à minha família

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por sempre conceder forças para lutar.

Agradeço a também a minha família, minha mãe Lourdes, meu pai Roberto e minha irmã Roberta, que sempre me concederam o suporte moral e emocional para perseguir os meus sonhos, por sempre acreditarem em mim, mesmo nos momentos mais difíceis e de mais dúvidas.

Agradeço aos professores da instituição Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, pela dedicação e ensinamento diários, em especial ao meu orientador, professor mestre Marcelo Agamenon Góes de Souza, pela especial atenção no desenvolvimento deste presente trabalho.

Agradecimento especial também para todos os amigos e familiares que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento desta tese, seja de maneira direta ou indireta.

## RESUMO

Este trabalho tem por escopo estudar os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal, diante do recente movimento de expansão da jurisdição constitucional pelo qual o Brasil tem passado. Par isso se fara uma breve análise da transformação na relação entre estado e o constitucionalismo, iniciando o estudo com o estado positivista e seguido para o estado social para em fim chegar ao estado democrático de direito. Dessa forma, se fara um estudo sobre a expansão do constitucionalismo e as mudanças que esse fenômeno ocasionou na atuação do judiciário. Neste sentido, destaca-se o protagonismo assumido pelo STF. Diante dessa nova realidade constitucional as normas constitucionais formam um núcleo essencial, dotado de normatividade, que exige a concretização destes diretos. Por conta disso há um deslocamento do eixo de tensão do legislativo e executivo para o judiciário, que passa a ser o principal vetor para a concretização do núcleo essencial da constituição, quando da inércia do legislativo e do executivo. Desta forma, nova realidade constitucional exige um supremo tribunal atuante e interventivo, o que por vezes significa um supremo tribunal legislando. Tais fatos tem gerado grande controvérsia doutrinária quanto à legitimidade da atuação da Suprema Corte. Para melhor entendimento do fenômeno do constitucionalismo se analisará as teses substancialistas e procedimentalista. Assim, também, para se delimitar a atuação da suprema corte, aprofundara na questão da hermenêutica jurídica. Em seguida, como forma para delimitar contornos da atuação jurisdicional, se fara uma análise de mecanismos como reserva da consciência, a autocontenção judicial e reserva do possível. Após o que se esclarecerá sobre questões como a separação dos poderes e legitimidade do poder judiciário neste novo cenário constitucional. Por fim se fará uma necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização, para então se definir os mecanismos que a suprema corte tem a sua disposição para a concretização da carta magna,

**Palavras Chave:** Supremo Tribunal Federal. Constitucionalismo. Hermenêutica. Judicialização. ativismo judicial.

## ABSTRACT

This work has the scope to study the limits of the action of the Supreme Court before the recent move to expand the constitutional jurisdiction in which Brazil has passed. Even if it will make a brief analysis of the change in the relationship between state and constitutionalism, starting the study with the positivist state and followed for the social state in order to get the democratic state of law. Thus, it is a study on the expansion of constitutionalism and the changes that this phenomenon resulted in judiciary action. In this context, you must admit the protagonist that STF assumed. Before this new constitutional reality the constitution provisions form the essential core endowed with normativity, which requires the realization of these rights. Because of this, there is a shift from the legislative and executive tension axis for the judiciary, which becomes the main vector for the substantiation of the constitution essential core when the inertia of the legislative and executive. Thus, new constitutional reality requires a supreme active and interventionist court, which sometimes means a supreme court legislating. These facts have generated great controversy doctrinaire about the legitimacy of the Supreme Court acting. For a better understanding of constitutionalism phenomenon will analyze the substantialist and procedimentalist theses. So, to define the role of the Supreme Court, deepened the question of legal interpretation. Then, in order to delimit contours of the jurisdictional action, we will make an analysis of mechanisms as of consciousness reserve, and judicial self-restraint. After, we will clarify issues such as the separation of powers and legitimacy of the judiciary in this new constitutional scenario. Finally it is a necessary distinction between judicial activism and judicialization, to then define the mechanisms that the Supreme Court has in your disposal for the implementation of the Magna Carta.

**Key – Words:** Federal Supreme Court. Constitutionalism. Hermeneutics. Judicialization. Judicial Activism.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2 O CONSTITUCIONALISMO E A REVOLUÇÃO COPERNICANA DO DIREITO .</b>	<b>12</b>
<b>3 AS TRÊS FASES HISTÓRICAS DO ESTADO.....</b>	<b>17</b>
3.1 O Estado Liberal-Individualista: Minimalismo Constitucional.....	17
3.2 Fase do Estado Social de Direito ( <i>Welfare State</i> ) .....	19
3.3 Estado Democrático de Direito .....	21
<b>4 TEORIAS SUBTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA: AS POSTURAS DOS TRIBUNAIS SEGUNDO RONALD DWORKIN E JURGEN HABERMAS .....</b>	<b>22</b>
4.1 Teoria Procedimentalista de Jurgen Habermas .....	22
4.2 Teoria Substancialista de Ronald Dworkin .....	25
<b>5 PERFIL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 DO BRASIL.....</b>	<b>28</b>
5.1 Considerações Gerais .....	28
5.2 A Constituição de 1988.....	30
<b>6 DA NÃO ASSIMILAÇÃO DA NOVA REALIDADE CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E NECESSÁRIA MUDANÇA DE POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>33</b>
<b>7 A NECESSIDADE DE UMA NOVA TEORIA GERAL CONSTITUCIONAL E A UMA HERMENÊUTICA ADEQUADA À NOVA REALIDADE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>37</b>
<b>8 A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA DECISÃO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO E AS HIPÓTESES QUE O JUIZ PODE DEIXAR DE APLICAR A LEI .....</b>	<b>41</b>
8.1 Preservar a Autonomia do Direito .....	43
8.2 O Controle Hermenêutico da Interpretação Constitucional .....	44
8.3 O Efetivo Respeito à Integridade e à Coerência do Direito .....	45
8.4 O Dever Fundamental de Justificar as Decisões ou de Como Motivação não é Igual a Justificação.....	45
8.5 O Direito Fundamental a uma Resposta Constitucionalmente Adequada.....	46
<b>9 A QUESTÃO DA FALTA DE LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E A EXISTÊNCIA DE UM DÉFICIT DEMOCRÁTICO FRENTE AOS PODERES REPRESENTATIVOS .....</b>	<b>48</b>
<b>10 A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....</b>	<b>51</b>

<b>11 A QUESTÃO DA RESERVA DE CONSISTÊNCIA E DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL.....</b>	<b>54</b>
<b>12 A QUESTÃO DA RESERVA DA CONSISTÊNCIA NA MODALIDADE RESERVA DO POSSÍVEL.....</b>	<b>57</b>
<b>13 DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>61</b>
13.1. Judicialização da política.....	61
13.2 O Ativismo Judicial.....	63
<b>14 CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO E DIFUSO .....</b>	<b>67</b>
<b>15 CONCLUSÃO .....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>77</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 provocou uma grande mudança no direito e também na sociedade brasileira, de forma que foi através desta que se restabeleceu o Estado Democrático de Direito, rompendo com o antigo regime autoritário. Assim, surgiu um novo constitucionalismo no cenário jurídico nacional, derivado tanto de uma experiência negativa do regime anterior, quanto de uma onda de constitucionalização que atravessou as principais democracias ocidentais.

Assim, carta de 1988 é caracterizada por um exaustivo rol de garantias e direitos fundamentais e uma ampla gama de mecanismos que visam à guarda e efetivação desses direitos, assim como é dotada de força normativa que resulta em uma expansão do constitucional.

Desta maneira, o que se verifica é uma alteração do eixo de tensão do legislativo e executivo para o judiciário, que assume o papel de conferir efetividade às normas constitucionais na ausência dos outros poderes.

Desta forma, a expansão do constitucionalismo e a mudança de alguns paradigmas (ressalta-se aqui a força normativa da constituição), exigiu uma atuação mais ativa do Supremo Tribunal Federal assim como desenvolvimento de uma hermenêutica ajustada com essa nova realidade.

Isso significa, nesse novo panorama constitucional, que a atuação do supremo se expande para além de sua função de guarda da constituição (de boca da lei), passando também a promover os valores e direitos previstos naquela carta.

Nesse contexto, a postura cada vez mais ativa do STF tem gerado grande discussão e dúvidas quanto à legitimidade de sua atuação, de modo que há quem entenda que a suprema corte estaria extrapolando sua esfera de atuação e violando o princípio da separação dos poderes.

Portanto, pretende o presente trabalho delimitar as principais questões no que se relaciona atividade jurisdicional do STF e os limites de sua atuação.

Desta forma no segundo capítulo abordara a mudança paradigmática provocada pelo constitucionalismo, suas causas e consequências. Já o terceiro capítulo trata da evolução do estado no que se diz respeito a sua relação com o judiciário e com a justiça constitucional.

O quarto capítulo trata das teorias de Substancialista de Dworkin e Procedimentalista de Habermas. Destaca-se que dentre o emaranhado de teorias que tratam do movimento constitucionalista, as teses de Dworkin e Habermas são representativas da cisão doutrinária do entendimento desse fenômeno.

Neste sentido as teorias de Dworkin e Habermas estabelecem duas correntes distintas quanto ao entendimento do constitucionalismo, da mesma forma que estabelecem a forma que o interprete deve atuar diante desse fenômeno.

Assim no quinto capítulo se fara uma análise das características da constituição do Brasil de 1988, discorrendo sobre normas pontuais da constituição, de forma a melhor entender seu perfil. Para isso primeiramente se estabelecerá alguns parâmetros para melhor entendimento do conceito de constituição. Por fim, se fara uma análise da constituição frente às teses substancialista e procedimentalista.

O sexto capítulo trata da não assimilação da nova ordem constitucional pela comunidade jurídica. Neste ponto se destacara o amplo rol de mecanismos constitucionais, a extensa carta de direitos, assim como um espírito constitucional promovido pelos princípios consagrados na constituição, que tem sido subaproveitado no exercício da atividade constitucional.

O sétimo capítulo discorrera sobre a atividade hermenêutica e teoria geral da constituição. Dessa forma, diante desse novo constitucionalismo e da complexidade que a atividade da jurisdição constitucional tomou, esse capítulo tratara de uma hermenêutica e teoria geral constitucional que baliza essa atividade.

O oitavo capítulo tem intima relação com anterior. Neste tópico se apresentara uma teoria da decisão jurídica que delimita o modo de atuação da suprema corte. O principal objetivo desta teoria é erradicar a discricionariedade das decisões judiciais.

Assim, nesse novo cenário constitucional, a suprema corte assumirá um papel ativo, que promoverá uma interpretação criativa e até mesmo de criação de normas. Dessa forma, o nono capítulo tratara da questão do déficit democrático, ou seja, da questão da existência de legitimidade do poder judiciário na condição de um a órgão não eleito.

Neste mesmo sentido o décimo capítulo, discorrerá sobre a questão do posicionamento do poder judiciário nessa nova dinâmica de separação dos três poderes.

O decimo primeiro capitulo tratara da questão da reserva da consistência e da autocontenção judicial, fazendo uma correlação lógica com a argumentação da decisão.

Outra importante questão no que se relacionada à atividade do judiciário diz respeito aos limites orçamentários que este é submetido. Dessa forma, é parâmetro para a atuação do juiz a disponibilidade orçamentaria que este possui, conforme discorre o decimo segundo capitulo sobre a reserva do possível.

Neste sentido, com o novo paradigma do direito constitucional, foi possível perceber que a atuação da jurisdição constitucional tomou duas principais formas: judicialização e o ativismo judicial. Desta maneira, é importante que se faça a diferenciação entre esses dois fenômenos no contexto da atuação jurisdicional, destacando as peculiaridades de cada um.

Por fim, se tratara dos mecanismos previstos na constituição disponíveis ao pretório excelso, que aqui cumpre especial tarefa de guarda e efetivação dos direitos constitucionais. Assim, no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato, se dará especial atenção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, já no que diz respeito ao controle difuso, se dará destaque ao mandado de injunção.

Para a realização do presente trabalho, utilizar-se-á o método indutivo, conjuntamente com o histórico, e o comparativo.

## 2 O CONSTITUCIONALISMO E A REVOLUÇÃO COPERNICANA DO DIREITO

O Preâmbulo da Constituição de 1988 consagra “um Estado de direito destinado assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.” O enunciado normativo da Carta Magna revela uma mudança de paradigma dentro do estado brasileiro, ocasionada pelo chamado neoconstitucionalismo, seguindo uma tendência das principais democracias ocidentais.

Neste mesmo sentido verifica-se no artigo 18 da constituição de Portugal, nos artigos 1º e 3º a lei fundamental da Alemanha e nos artigos 53, nº1 da Constituição da Espanha, exemplificando o que dito acima.

Destaca-se que o período pós-guerra foi marcado pelo surgimento de um grande número de constituições com alta carga de direitos e garantias fundamentais em especial pelos direitos da terceira dimensão, denominados de direitos de fraternidade,

Existem vozes na doutrina, citando como exemplo Canotilho (1993, Pag. 403), que entendem ter surgido uma quarta dimensão de direitos, que estaria relacionado à democracia, informação e o pluralismo.

Pois bem, esse fenômeno de revalorização das normas constitucionais é resultado da coadunação vários fatores. Assim, esse movimento de expansão do constitucionalismo apresenta forma peculiar em todos os países, decorrente do grau de incidência desses fatores assim como de suas características específicas.

Todavia, embora haja muita divergência quanto a muitos aspectos desse fenômeno, há um consenso entre os juristas que diante de constituições tão densa em direitos e garantias fundamentais é necessária uma mudança de postura como meio de efetivar esses direitos, em que não se admiti um estado meramente abstencionista.

Trata-se esse fenômeno (neoconstitucionalismo) de uma verdadeira revolução, refletindo diretamente no conceito do que é constituição. De acordo com essa nova ideia, as normas constitucionais passam a ter aplicabilidade imediata, não mais dependendo da interferência do legislativo.

Neste sentido, verifica-se que não basta mais uma carta magna com uma vasta gama de direitos fundamentais, sendo necessária uma justiça constitucional que faça valer a força normativa da constituição. Desta maneira, a efetivação das normas constitucionais passa por um processo de redimensionamento do poder judiciário dentro do equilíbrio dos três poderes.

Em outras palavras, o que o legislador constituinte fez foi instituir um Estado Democrático de Direito que contrapõe ao estado liberal abstencionista. Isso significa uma constituição comprometida com a transformação das estruturas econômicas e sociais, que traz consigo instrumentos para a efetivação de políticas relacionadas ao *welfare state*.

Desta forma, o professor Campilongo (1995, p. 45 *apud* STRECK, 2002, p. 53) ensina que, além das funções usuais, o judiciário tem entre suas atribuições controle de constitucionalidade e os aspectos democráticos das relações sociais, o que resulta em um judiciário atuando na arena política.

Assim, por conta desta característica política que judiciário adquiriu, se nota um deslocamento do centro de decisões dos poderes legislativo e executivo para a justiça constitucional. Ora, por conta da inércia e ineficiência dos poderes executivo e legislativo, se vislumbrou uma ascensão do poder jurídico que passou a suprir a ausência destes outros poderes por meio da vasta gama de instrumentos consagrados na constituição de 1988.

Há que se destacar, entre estes instrumentos políticos, o mandado de injunção, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação indireta de inconstitucionalidade por omissão, que são novidades no ordenamento de 1988.

Destarte, a postura dessas novas constituições advindas desse neoconstitucionalismo, tem como pretensão de proporcionar um regime político que abranja ao máximo os ideais democráticos, rompendo com a antiga postura do liberal. Essa ruptura significa exatamente refutar um constitucionalismo prolixo em procedimentos trazendo a voga uma norma constitucional rica em valores substantivos, traduzidos como direitos fundamentais e sociais estabelecidos nos textos.

Essas normas fundamentais e sociais formam o núcleo político da constituição, traduzindo-se como os valores erigidos ao topo da ordem constitucional que resgatam as promessas de justiça social, igualdade e realização dos direitos

fundamentais por meio do qual consagra o princípio da democracia social, cultural e econômica.

Dessa forma, a atuação da suprema corte ocorre no plano do controle concentrado, ajustada com o desempenho de todo o poder judiciário no âmbito do controle difuso, de modo a efetivar o controle das normas, não apenas no se sentido adjetivo, mas também substantivo.

Dessa forma, através de uma justiça constitucional e dos instrumentos que a constituição colocou a sua disposição, busca - se consubstanciar o estado democrático, ao mesmo em que essa justiça constitucional serve de resistência para as investidas dos poderes executivo e legislativo nas ações que significar ineficácia dos direitos fundamentais e retrocesso. Neste exercício, a constituição também passa a ser filtro para a legislação anterior à carta de 1988 incompatíveis com esse novo paradigma constitucional.

Essa revolução do constitucionalismo também passa por uma profunda transformação do entendimento da função da linguagem. É a chamada a revolução copernicana da filosofia do direito (STRECK, 2002, p. 27), que é uma transformação no campo da hermenêutica, em que a linguagem deixa de ser vista como uma terceira coisa entre o objeto e o sujeito, para ser condição de possibilidade do processo compressivo. O professor Lênio Luiz Streck (2002, p. 43) entende que esse fenômeno é o meio pelo qual se pretende superar o pensamento metafísico, que predominou por muito tempo no mundo ocidental. Por esse método (metafísico) o sentido era estabelecido na própria “coisa”, enquanto que pelo método copernicano o sentido se dá pela e na linguagem.

Como forma de melhor entender ocorrência do constitucionalismo, pode se sistematizar a evolução desse fenômeno em três marcos (BARROSO, 2009, p. 2):

Primeiramente, o marco histórico que é marcado por uma expansão vertiginosa no constitucionalismo, que no Brasil ocorreu com a promulgação da constituição de 1988.

Na Europa, o processo de reconstitucionalização passou pela reaproximação dos conceitos de democracia e constitucionalismo que produziu o estado democrático de direito, redefinindo a posição do judiciário dentro da nova estrutura de estado.

Nesse contexto, houve um rompimento com um período autoritário anterior, marcado, de forma geral, pelo desrespeito a direitos fundamentais e medidas autoritárias e a arbitrariedades.

Voltando ao Brasil, nota-se que desde a promulgação da carta de 1988 o que se vê é o maior período de estabilidade institucional na história o país. Todavia, não foram estes períodos calmos, muito pelo contrário. Estes 27 anos de vigência da constituição de 1988 foi marcado por inúmeros escândalos políticos, casos de corrupção, mas que em nenhum momento levaram deterioração do estado democrático de direito (com suas instituições, normas ou princípios)

O segundo marco é o filosófico. Este é caracterizado pelo desenvolvimento de um modo pensamento derivado da confluência de dois métodos pretéritos: o jus naturalismo e o positivismo.

O jus naturalismo teve seu apogeu no século XVI. Foi marcado pela aproximação da lei e da razão, ocasionando uma revolução na filosofia do direito. Segundo essa concepção, existiria um rol de princípios naturais que deveriam ser universalmente aceitos, servindo fundamento para as revoluções liberais, alcançando seu auge com as revoluções escritas. Todavia, o caráter metafísico e anti - científico do jus naturalismo levou a sua superação, cedendo espaço então para o positivismo. Já o positivismo buscava objetividade jurídica, afastando o caráter filosófico das questões de legitimidade e justiça, equiparando o direito a lei. Esse foi o pensamento que predominou no início do século XX. Todavia, esse método filosófico possibilitou a ascensão de regimes autoritários, tais como o fascismo de Mussolini na Itália, e Nazismo na Alemanha, uma vez que a objetividade jurídica acabou por promover a proteção destes governos, ocasionando, posteriormente, a superação deste sistema.

Ocorre que com a queda positivismo e por conta das calamidades promovidas calcadas nesse modelo de estado, a comunidade jurídica começou a formular um novo método filosófico. Esse novo método, que ainda está em desenvolvimento, busca a medida ideal entre os dois métodos anteriores. Desta forma, tenta ir além da legalidade estrita, embora não refute o direito estabelecido, do mesmo modo que busca uma leitura moral do texto, sem, todavia, remeter pensamento metafísico. Busca também, a aplicação e interpretação do direito em uma justiça constitucional, refutando personalismos no âmbito do poder judiciário. Desta maneira, a construção desse novo paradigma se baliza na combinação e

adequação e várias ideias tais como: a atribuição de normatividade aos princípios; a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Por fim, o marco teórico, destaca-se três grandes transformações: 1) a expansão da jurisdição constitucional 2) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional 3) o reconhecimento de força normativa à Constituição.

### 3 AS TRÊS FASES HISTÓRICAS DO ESTADO

Dentro da perspectiva do constitucionalismo estudada até aqui, o presente tópico analisará a evolução das constituições diante do estado. Assim, se dará destaque aqui a três principais formas de estado: o estado liberal individualista, a estado social de direito e estado democrático de direito, fazendo uma análise em relação à influência que a constituição exerce em cada espécie de estado.

#### 3.1 O Estado Liberal-Individualista: Minimalismo Constitucional

Segundo esta Concepção de estado, a funcionalidade da Constituição estava restrita em estabelecer competências e processos assim como alguns limites ao poder estatal. Trata-se este de um conceito minimalista, abarcado pelo positivismo, o que traz em sua essência a ideia da autossuficiência do direito positivo, sendo tratado sempre como direito posto, criado e não com direito a ser criado ou pressuposto.

Seguindo as premissas do estado liberal, não há o mínimo de abertura para a interpretação da atividade criativa por parte do juiz de direito. Em outras palavras, não há brecha para incursão na intenção do legislador, ficando juiz adstrito à palavra da lei.

Neste sentido, nota-se que as principais características do positivismo podiam ser encontradas no minimalismo constitucional, quais sejam: onipotência do legislador, objetividade da norma, cisão entre o direito e a moral e a redução do direito a lei formal.

Esse método encontra substrato, principalmente, na obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen (1993, pag. 183). Para o autor, seria está a forma ideal de governo, um modelo estabelecido no minimalismo constitucional, que melhor conformaria o sistema democrático com o princípio constitucionalista. Enfatiza que o estado não deveria interferir em certas esferas de direito do indivíduo e que está deveria ser protegida constitucionalmente.

O sistema liberal, que abrange o sistema minimalista do estado, compatibiliza com ideais dos direitos de primeira geração, conquistados na revolução francesa, chamada também de revolução burguesa, em que se

consolidaram os chamados direitos negativos, em que os estados não deveriam interferir a esfera de direitos do indivíduo.

Por esta definição, o estado é apenas conjunto de normas que da forma ao procedimento pelo qual o legislativo atuará na formulação de regras. Neste sentido, ao judiciário caberia apenas aplicar as leis formuladas pelo legislativo, sendo tolhida qualquer forma de atividade criativa por meio da interpretação.

Hans Kelsen (1993. p 257.) deixa patente preferência pelo estado liberal, mínimo, e conseqüentemente por uma constituição retraída, quando argumenta que:

A criação de normas jurídicas gerais e aplicação da constituição, tal com a aplicação de normas gerais pelos tribunais, e órgãos administrativos, é criação e normas jurídicas individuais.(...) Porém, a relação entre elemento formal e material é, nos dois casos, diferente. A constituição (no sentido material da palavra), em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da atividade legislativa. Ó excepcionalmente- e de modo eficaz, apenas por via negativa, determina o conteúdo das leis a editar, excluindo certos conteúdos.

Essa forma de pensamento foi preponderante no âmbito filosófico, político e jurídico até meados do século XX, de maneira que tal concepção trazida aos dias de hoje parece tanto quanto anacrônica e conservadora.

Contextualizando com o panorama da época, de domínio das monarquias absolutas e oligarquias, era natural que o constitucionalismo ficasse situado a margem em um sistema de controle de poder das autoridades. Todavia, com o passar do tempo, ficou latente a necessidade de se instituir um sistema fundado na soberania popular que consagraria um método de exercício do poder democrático, inclusive na formulação de leis.

O cerne da questão está em um paradoxo que se sustenta até os dias de hoje. Embora nosso sistema de governo seja baseado na democracia, ou seja, na soberania popular, para que esta seja otimamente exercida deve ser limitada. Como dito alhures, a democracia implica na soberania popular, e está não pode ser tida como fundamento último para todas as decisões, pois, por vezes, a vontade da maioria pode significar um fim injusto e até mesmo opressor. Com fundamento principalmente neste argumento, é que o constitucionalismo será contraponto a vontade majoritária.

Neste mesmo panorama, também se deve ter em vista que foi sob a vigência desse sistema que se estabeleceu os governos autoritários fascistas, que tinham como principal fundamento exatamente o forte apoio da população. Foi

durante esse período que vigorou um dos períodos mais cruéis da história da humanidade, demonstrando o quão perigoso pode ser um sistema jurídico sem uma constituição forte em direitos e garantias fundamentais que sirva freio a propostas que levem ao retrocesso.

Dessa forma, a queda desses regimes fascistas e o surgimento, no lugar, de um estado fundado em constituições substantivas, dotadas de uma carta rica em direitos, que marca a derrocada do sistema individualista, baseadas em um estado mínimo.

### **3.2 Fase do Estado Social de Direito (*Welfare State*)**

O sistema liberal minimalista logo foi esgotado. A experiência histórica demonstrou que um conceito de estado ligado estritamente à legalidade, não era suficiente para dar eficácia às normas constitucionais.

Essa forma de Estado Liberal estava centrada no legiscentrismo, em que a legitimidade da norma estava ligada estritamente a legalidade, como dito alhures. Neste contexto constituição detinha uma influência reduzida dentro do sistema jurídico, possuindo uma reduzida carta de direitos, resumida a liberdades públicas, servindo apenas como limite negativo a atuação estatal. Na verdade, a constituição representava apenas uma função macroestrutural e procedimental dentro do sistema jurídico.

Assim, a lei era o produto final da razão humana, fonte primeira e exclusiva do direito. Nesse contexto, a corte constitucional estava em uma posição totalmente submissa a lei, resumindo a atividade corte constitucional a um procedimento mecanicista de subsunção de fato norma.

Esse era um entendimento que remetia ao pensamento originário de Montesquieu (2000, p. 171), quando originalmente formulou a teoria de separação dos três poderes, em que caberia o juiz apenas proferir a palavra da lei. Todavia, como se trata o direito de uma ciência que está em constante transformação e aperfeiçoamento, esta concepção não mais coaduna em um cenário de constituições substanciais de hoje em dia.

Desta forma, quando começou a emergir as constituições materiais, estas causaram grande impacto no sistema jurídico, devido ao fato do método constituições.

A partir disso, pode - se verificar dois fatores que levaram a falência do sistema liberal, qual seja, a hiperlegalidade, caracterizada pelo excesso de regulamentação da vida social dos indivíduos e intromissão em suas esferas jurídicas particulares que acarretava a uma insegurança jurídicas, e em sentido oposto, a hipolegalidade, que é caracterizada pela incapacidade desse sistema concretizar os direitos expostos na lei.

Tais fatos demonstram que o sistema legalista alcançou seu teto, de forma que em seguida, exsurgiu o que o chamado o estado de bem estar social (*welfare state*). Esse fenômeno se iniciou no início do século XX, marcada pelos movimentos de luta operária pela chamada questão social. Nesse ambiente, se vislumbrou uma excessiva regulamentação no que diz respeito a direitos ligados a relações de produção e seus reflexos, como a previdência, a assistência social, a moradia, salubridade pública, provocando uma transformação do estado, de forma que esta passa a ter uma postura intervencionista.

A partir disso, é importante aclarar duas circunstâncias: primeiramente que essa postura intervencionista não se refletiu somente sobre as classes trabalhadoras, mas também no processo produtivo industrial, uma vez que implicou em investimentos por parte do estado em estruturas alavancadoras desse processo, podendo citar como exemplo, a construção de estradas, hidrelétricas e financiamentos; e em segundo lugar, concomitantemente, a redemocratização, em que houve a abertura de canais para o aumento das demandas sociais, o que significou, em contrapartida, o aumento da burocracia do estado, de forma que se tornou um obstáculo para o funcionamento do estado.

A Constituição Mexicana de 1917 é uma das mais representativas no que se refere a estado de bem-estar social. Destaca-se que as constituições passaram a assumir características e conteúdos peculiares em cada país, mas todas possuem em comum uma postura intervencionista para a promoção de direitos, que se dava no âmbito do legislativo. No estado social, o indivíduo passa a ter o direito de ser protegido contra dependências de curta e longa duração. Neste sentido o estado protege e promove o mínimo no que se relaciona a habitação, saúde, alimentação, se tratando, estes, de direitos políticos, e não de assistencialismo.

Assim o estado de bem-estar social é uma garantia do cidadão concedida pelo estado como principal afiançador da qualidade de vida do indivíduo.

### 3.3 Estado Democrático de Direito

Nesse contexto, surge o estado democrático de direito. Trata-se de um aperfeiçoamento, de um lado, do estado de direito, e do outro, estado de bem-estar social. Um dos fundamentos desse modelo de estado é que ele mantém em seu cerne a questão social, todavia, é incrementado com o postulado da igualdade. Dessa forma, o modelo de estado ganha em profundidade e complexidade, de maneira que a atividade estatal passa a ser guiada por uma carta de valores, que estabelece direitos que devem ser efetivados de forma a provocar uma mudança *status quo*. Trate-se, o estado democrático, de introduzir um pressuposto lógico que deve ser incorporado ao modelo de estado de estar há muito vigente.

Esse modelo de estado é trazia na constituição de 1988, de forma que molda os contornos do estado brasileiro. Que buscou inspiração nos modelos de constituição formulados no mesmo contexto que a nossa, como a Constituição de Portugal, pós-Revolução dos Cravos, e a Constituição Espanhola, pós-regime franquista.

#### **4 TEORIAS SUBTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA: AS POSTURAS DOS TRIBUNAIS SEGUNDO RONALD DWORKIN E JURGEN HABERMAS**

A Constituição de 1988 institui Brasil como um Estado Democrático de Direito. Esta forma de estado está intimamente ligada à efetivação dos direitos fundamentais, o que leva, inexoravelmente, ao redimensionamento do poder judiciário como meio de efetivar tais direitos.

O estado democrático de direito exsurge como uma construção histórica formada a partir dos conceitos das outras fases históricas, mas que tenta preencher as lacunas destes períodos, tendo como finalidade o cumprimento das promessas da modernidade instruídas nas constituições promulgadas no pós-guerra de trato diretivo compromissário.

Nesse cenário surgem algumas teorias que visam dar forma a essa efetivação de direitos. Os constitucionalistas, em geral, têm se dividido em duas principais correntes: o procedimentalista e os substancialistas.

##### **4.1 Teoria Procedimentalista de Jurgen Habermas**

A teoria Procedimentalista tem como principais defensores Jurgen Habermas, Garapon e Ely, com destaque para o primeiro. Segundo a tese destes autores, cabe ao tribunal constitucional compreender o procedimento da Constituição, de forma a que atue para proteger o processo de criação do direito. Complementa que, a Democracia e Direito possuem vínculo interno, de maneira que a efetivação da participação democrática é elemento essencial do conceito de Estado de Direito. A partir desse pressuposto que Habermas (1997, p.157 *apud* STRECK, 2002, pag. 134) desenvolve sua tese procedimentalista. Dessa forma, através de sua construção teórica, pretende o autor superar o paradigma liberal/burguês, do estado liberal-minimalista e estado social de direito, através de uma distinção entre estado e direito através de uma teoria do discurso.

O doutrinador leciona que a teoria desenvolvida por Dworkin é inviável de se praticar nos atuais estados (CITTADINO, 2004. P. 219), embora reconheça os méritos da tese desenvolvida pelo doutrinador. Argumenta Habermas que, a cerne da teoria de Dworkin está no controle da discricionariedade judicial, que se daria por

meio do sopesamento de princípios feita pelo juiz que seria responsável conferir o peso ideal de cada um em cada caso concreto. Entende Habermas que seria essa uma tarefa árdua. Tratar-se-ia, pois, segundo a concepção de Habermas, de um Juiz idealizado e contrafático que desempenharia uma tarefa herculana.

Habermas, embora admita o redimensionamento do judiciário diante de um cenário de uma nova constituição, faz duras críticas ao agigantamento deste, de sua invasão na esfera pública, de forma que a corte constitucional não deve ser o protetor de eventual ordem suprapositiva de valores constitucionais.

Neste sentido, o modelo jurídico pensado por ilustre pensador pressupõe uma comunidade que partilha dos mesmos princípios assim como possui confiança em suas tradições. Alerta Habermas, que o contexto da comunidade norte americana à época possibilita a formação jurídica substancialista, todavia entende que tal modelo seria impraticável na maioria das democracias contemporâneas, devido, principalmente, ao pluralismo social e o recente passado de domínio de governos autoritários, de forma que não há uma uniformidade de valores compartilhada por essas comunidades assim como não haveria confiança nas tradições, de maneira que não seria possível ao juiz promover a integridade da comunidade, assim como não haveria um ambiente propício para a instalação de uma ordem jurídica substancialista calcada em valores.

Destarte, contrapõe autor que a legitimidade decorreria dos procedimentos e processos comunicativos, que permitem a prevalência dos melhores argumentos, de forma que possibilitaria a decisão recíproca dos cidadãos, para regular suas vidas por intermédio do direito posto.

Neste azo, os direitos constitucionais cumprem o papel de garantir a autonomia dos cidadãos, proporcionando um cenário de igualdade e liberdade para que possam deliberar. Tais características, que garantiriam a participação do cidadão de forma democrática, é que faria o direito superar o seu caráter metafísico.

Assim, pela proposta Habermasina, o Tribunal Constitucional atua de forma a garantir que o cidadão participe e influencie no processo democrático, refutando o aspecto paternalista típica do modelo substancialista.

Logo, caberia ao Tribunal Constitucional proteger o processo de criação democrática, de forma a garantir os sistemas de direitos que promovam equilíbrio entre vida pública e privada, não se tratando, pois, a suprema corte, de órgão que garanta proteção de valores substanciais.

Habermas reconhece o a dificuldade de se fazer dar eficácia as normas constitucionais, entendendo, todavia, que tal problemática pode ser resolvida recorrendo aos paradigmas do direito. Assim, esses paradigmas do direito, com auxílio do atual modelo de sociedade, ajudariam a explicar os princípios e as normas constitucionais de forma aplica-las.

Desta forma se questiona como que a interpretação constitucional pode atuar de forma que a não ultrapasse a linha do legislativo.

Habermas entende quando o judiciário deve atuar de forma a dar coerência e unidade ao sistema jurídico e não usurpar de suas competências, lecionando que a questão está no fato do judiciário atuar como legislador negativo no controle abstrato. Entende que, o uso de princípios constitucionais com fundamento na integridade jurídica poderia abrir espaço para decisões com fundo político.

O autor entende que a jurisprudência de valores rompe com a concepção de racionalidade e coerência normativa, de maneira que toma como fundamento uma ordem de valores por ela mesma estabelecida, e que implica em um encargo para o legislativo. Assim a função do legislativo estaria relacionada a guardar a normas de direitos, assim como analisar questões controvertidas, a partir de condições procedimentais e pressupostos comunicativos estabelecidos na constituição.

Assim, Habermas entende constituição como um sistema de direitos e de interpretação, e que uma jurisprudência constitucional agressiva estaria relacionada à formação da vontade política, refutando tal ideia. Nesse contexto que o autor desconfia do ativismo judicial, de maneira que o judiciário deve situar no seu âmbito de atuação no que se refere à separação dos poderes.

Assim, modelo de democracia proposto por Habermas, como forma de efetivar os direitos, o judiciário deve se justificar perante os foros ampliados da crítica jurídica. Logo, o que conferiria racionalidade e legitimidade a esse sistema, seriam a fundamentação e exposição ao debate público, se tratando, pois está a solução para o construtivismo jurídico de Dworkin.

Nesse panorama, o *justice review* surge como meio de reforçar o procedimento e a formação da vontade, de forma a assegurar o âmago democrático. Portanto, deve ser encarado como ferramenta para remover os entraves do processo constitucional democrático. Dessa forma, conclui autor que a via

democrática é a única viável para a legitimação do direito, de maneira que o método comunicativo é o único capaz de operacionalizar a tensão inerente nas relações sociais e uma sociedade pluralista igual nossa.

#### **4.2 Teoria Substancialista de Ronald Dworkin**

A teoria que rivaliza com a teoria procedimentalista de Habermas é a teoria Substancialista de Dworkin. Esta tese surgiu exatamente como contraponto ao estado liberal-minimalista, em que a constituição possui um papel reduzido dentro do sistema jurídico.

Nesse sentido as constituições no estado mínimo de direito tinham por função apenas ser fonte normativa dos procedimentos na elaboração de leis e dos órgãos, assim com possuía uma carta mínima de direitos, resumida apenas ao que se denominava de liberdades públicas ou limites negativos a atuação do estado. Nesse cenário, o legislador possui competência suprema na produção das leis.

Mais uma vez se destaca a transformação pela qual passa o direito no pós-guerra, gerado, principalmente, pela crise ética e moral ocasionada por aquele evento, assim como as transformações econômicas, fazendo surgir uma sociedade complexa como nunca visto antes.

Desta forma, o a constituição mantém suas funções básicas de restrição de poder e regulamentação funcionamento do estado, mas sofre uma mudança paradigmática, denominada por Lênio Luis Streck de *Plus* normativo (STRECK, 2002 p. 127), que é marcado principalmente pelo deslocamento de cerne do estado para os direitos fundamentais.

Logo, entende os doutrinadores dessa corrente que a positivação dos direitos fundamentais promove a reconciliação entre direito e moral, superando a concepção o positivista.

Dentre esses doutrinadores que defendem essa corrente está L. H. Tribe (1988, p. 1065 e seg. *apud* Streck, 2002, p. 140), que é ferrenho crítico da teses procedimentalista. Entende o autor que o procedimento deve ser completado por uma teoria de direitos e valores. E diz ainda que as normas que regulamentam os procedimentos de participação também possuem caráter substancial e cita como exemplo a primeira emenda e a décima terceira (abolição da escravidão) da constituição do Estados Unidos que possuem caráter substantivo.

Outro ilustre doutrinador que segue a teoria substancialista é Ronald Dworkin. Contrapondo ao positivismo, o autor visa construir uma tese construtivista, com base em argumentos racionais e principalmente controláveis, de forma que não acarrete a um autoritarismo do judiciário.

Dworkin formula sua tese tentando justificar o papel atuante do judiciário. Pretende demonstrar que em um ambiente democrático saudável de decisões contramajoritárias não é apenas permitido como também necessário.

O doutrinador propõe uma reorganização dos poderes do legislativo. Nesse sentido, entende que os órgãos atuariam de forma a garantir em consonância com princípios compartilhados por todos e não apenas por regras fixas.

Desta maneira, os vínculos que unem os cidadãos nessas comunidades são os princípios avalizados por estes mesmos. Este é outro ponto que diverge da tese procedimentalista, que argumenta que estes princípios decorreriam do próprio tribunal, não da comunidade em si. Logo, estes princípios estariam imprimindo nas normas, mas não estariam adstritos a ela. Em outras palavras, esses axiomas transcenderiam as normas, por conta de sua importância, de forma que seria possível até a supressão da aplicação de determinada norma quando esta não comportasse ou contrariasse determinado princípio.

Deve - se, desta forma, promover o sentido de integridade de todo o sistema jurídico com a constituição, de forma harmônica e coerente, para compatibilizar toda a legislação e decisões judiciais com os princípios incorporadores da constituição e sua carta de direitos.

É exatamente na questão da existência de uma ordem de valores que diferencia esse do antigo sistema positivista. Neste último, o sistema era baseado na subsunção e aplicação estrita da lei em caso concreto.

Segundo a proposta substancialista, os princípios atuariam conjuntamente a norma como fonte do direito. Desta maneira, diante de uma situação de aparente ausência de norma (anomia), ou na presença de conflito de normas (antinomia), deveria aplica-se o sistema interpretação construtivista dos princípios e normas de Dworkin, alcançando o que seria a resposta mais adequada para aquela situação específica.

Essa forma de interpretação (construtivista), segundo seu autor, não deixa margem discricionariedade, o que, caso assim fosse, implicaria em um

desequilíbrio em todo sistema jurídico, de separação de poderes, e, portanto, usurpação, por parte do judiciário, de seus poderes.

Para Dworkin, tanto norma quanto princípio apresentam conteúdo deontológico, se diferenciando o plano lógico. Em outras palavras significa dizer que as regras se aplicam segundo princípio do tudo ou nada, ou seja, que as regras se aplicam por subsunção. Já os princípios auxiliam na decisão ao fornecer determinados fundamentos, que pode se conjugados como os efeitos de outros princípios. Essa é uma técnica hermenêutica que ficou conhecida com ponderação de valores, em que o aplicador do direito calibra valores, de maneira a calcular o grau de incidência de determinado valor aquele caso em concreto.

Assim, diante dessa técnica de sub-examine, em que a ponderação dos princípios pretende otimizar aplicação destes, causando o menor prejuízo, que Dworkin refuta a prática positivista de aplicação de técnica discricionária, diante de casos difíceis, de aparente ausência elementos legais para fundamentar a decisão.

Além disso, na visão do autor, são os princípios que conferem legitimidade a jurisdição constitucional em decisões contramajoritárias.

Assim, tanto legislação quanto a jurisdição constitucional passam a ser instrumentos de consolidação democrática, cada um em seu campo de atuação, e diante de uma realidade de reajuste da divisão dos poderes.

Na concepção substancialista, jurisdição constitucional é o ambiente mais apto para a interpretação de princípios, isso porque estaria a salvo dos arroubos das posições majoritárias momentâneas. Em contrapartida, se tratando de políticas públicas em relação à coletividade, estariam os parlamentares mais aptos para a discussão.

Assim só há democracia quando concebida de acordo com a vontade do povo, de forma que devem ser tratados os cidadãos como agentes morais autônomos, sendo respeitadas suas individualidades e autodeterminação.

Desta forma, não são os direitos fundamentais uma limitação a democracia, mas sim um elemento formador essencial desta.

## 5 PERFIL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 DO BRASIL

Após uma análise teorias substancialista e procedimentalista, os tópicos seguintes analisarão o perfil da constituição brasileira, buscando descobrir a que concepção de constitucionalismo a carta de 1988 se alinha, de acordo com as teorias de Dworkin e Habermas.

### 5.1 Considerações Gerais

Primeiramente, para se definir o perfil da constituição de 1988 é necessário se estabelecer contornos da definição da constituição, os diferentes formatos que está pode assumir, lançando mão de parâmetros, para então se fazer uma análise mais profunda do perfil da carta de 1988. Destaca-se também a análise desenvolvida aqui não visa se aprofundar conceito do que seria a constituição, já que a complexidade do tema demandaria um trabalho próprio.

Desta forma, a constituição remete a uma pluralidade de significados. Konrad Hesse (1991, p. 3) a define como: “A resposta sob o significado da constituição depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido. ”

Desta maneira, ilustre autor, na busca de uma definição, dentre as muitas possíveis, define como uma ordem jurídica fundamental da coletividade que consagra as linhas básicas do estado e estabelece os limites do conteúdo da legislação futura (Hesse, 1991, pag. 4).

Assim, é na constituição que estará o núcleo essencial e permanente, que lhe confere status de regra estrutural de estado e sociedade. Desta maneira, é neste documento que estarão regulamentadas as opções fundamentais do constituinte quanto ao tipo de sociedade e legislação, por meio de dispositivos relativos a organização do estado, direitos e garantias fundamentais, o exercício de poder, principalmente.

A constituição, por se tratar de um documento complexo e ordem fundamental e fundante de um estado, terá que conciliar dois fatores que, se não diametralmente opostos, no mínimo contraditórios, qual seja a estabilidade jurídica e abertura constitucional.

Tais premissas coadunam com a ideia de que a Constituição comporta uma flexibilidade que lhe permite acompanhar as mudanças trazidas com tempo, de forma que não fique engessada ao momento que foi formulada.

Essa flexibilização não importa na perda de sua força normativa, de maneira que seus preceitos e normas continuam com força vinculante e obrigatória.

Essa abertura assume duas formas: a vertical, que está relacionada com o caráter indeterminado e geral de certas normas; e a abertura horizontal, que corresponde abertura da constituição, que está relacionada com caráter fragmentário da carta magna.

Neste sentido, como documento fundante onde e preserva o núcleo essência da comunidade (Piovesan, 1995, p. 22), deve constituição: A) determinar os princípios diretores, pelos quais se formam a unidade política; B) ordenar a organização e o processo de formação e o processo de formação da ordem política; C) regular o modo pelo qual se dá a resolução de conflito dentro de uma comunidade; D) criar os fundamentos e normatizar os princípios de ordem jurídica global.

Pela conceituação de Hesse, é a constituição obra incompleta imperfeita e aberta. Destaque-se, todavia que, embora estabeleça propositalmente esta característica aberta, é parte fundamental de uma constituição um núcleo rígido e imutável, de forma que o nível de abertura constituição determinará o tipo daquela constituição. Exatamente por conta deste aspecto de abertura das constituições e das normas constitucionais que possibilita determinado estado criar um ambiente de confrontações de decisões políticas.

Além disso, a constituição deve ser entendida como uma unidade, que irradia para todo sistema jurídico, assim como é uma ordem que consagra determinados valores.

Dessa forma, toda constituição deve ter o sentido de unidade, dinâmica de atuação, como algo que se pretende constituir, tendo como vetores os princípios constitucionais.

É também na constituição que está estabelecido a estrutura do estado, ou seja, onde se regulamenta a organização do estado, o exercício do poder, bem com garantir os direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, se verifica a íntima relação entre esses dois conceitos, de maneira que a forma de estado está contida na constituição, assim aquela da feição a está.

A partir destas premissas, ao longo da história se viu o predomínio de dois tipos de estados: primeiramente, o Estado Liberal Mínimo e depois estado Social intervencionista, que mais tarde se aperfeiçoou no que no que ficou conhecido como estado democrático de direito.

O Estado Liberal era marcado pela reduzida carata de direitos, em que a carta constitucional estava centrada nos direitos de liberdade, segurança e propriedade, ou seja, direitos negativos, de não intervenção do estado. Tratava-se de constituições defensivas, com valorização de uma postura individualista.

Logo em seguida o que e verificou foi ascensão de Constituições Constitutivas, com uma ampla carta de direitos, que, em oposição ao modelo anterior, era marcado pelo forte intervencionismo do estado, na ordem de efetivação dos direitos. Mas tarde, houve um aperfeiçoamento deste modelo, evoluindo par o que ficou conhecido com Estado de Direito.

Estes temas já foram abordados de forma mais aprofundada no item anterior, de forma que cumpre aqui apenas pontuar.

Essa passagem do estado Liberal individualista para o Estado Democrático de Direito levou a um processo de multiplicação de direitos, tanto no que diz respeito à quantidade de direito que merecem tutela, quanto à extensão desses direitos.

## **5.2 A Constituição de 1988**

Feita tais considerações, o próximo capítulo analisará a que perfil a Constituição de 1988.

A carta de 1988, em seu preâmbulo estatui um estado Democrático de Direito, “destina a assegurar o exercício dos direitos socais e individuais, liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito (...)”

Seguindo esse raciocínio, a Constituição estabelece em seus primeiros artigos os princípios fundamentais, que determinam os objetivos e fundamentos da República federativa do Brasil.

Dentre esses princípios, destaca-se o da dignidade da pessoa humana e cidadania (artigo 1º, incisos II e III).

Ainda, no artigo 3º da Constituição, estabelece objetivos fundamentais do estado, quais sejam: “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Tais disposições apenas demonstram o caráter compromissário da constituição. Ao traçar tais metas, a constituição implicitamente admite os sérios problemas que afetam a sociedade brasileira.

Acentua – se também que o elevado número de direitos consagrados na constituição altera a topografia constitucional, uma vez que confere a muitos desses direitos e garantias status de cláusulas pétreas.

A carta de 1988 também alarga a extensão dos direitos e garantias fundamentais, passando a incluir, além dos direitos individuais, os direitos difusos e coletivos.

Na sina de conferir maior efetividade às normas de direitos e garantias fundamentais, a constituição de 1988 confere aplicabilidade imediata às normas dessa categoria, conforme texto do artigo 5º parágrafo 1º. Em sentido complementar a essa norma, é presumível que não é mais admissível omissão estatal relativa a norma constitucional, isso diante de uma realidade de constitucionalismo concretizador.

Na Carta magna de 1988, além da extensão dos direitos fundamentais, também aumenta - se o número de bens jurídicos que passam ter a proteção do estado.

Artigo 6º é outro que merece destaque. Consagra artigo que “os direitos sociais a educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, a proteção a maternidade, e a infância, a assistência aso desamparados”. Trata – se de outro artigo que apresentam diretrizes e tarefas a serem perseguidas. Este artigo em especial apresenta normas de eficácia limitada, ficando dependendo ainda de norma posterior para regulamentar.

A Constituição também estabelece uma ordem econômica, baseada na livre iniciativa e no trabalho humano, que tem por fim estabelecer uma existência digna, conforme os objetivos sociais da cata de 1988. Trata—se de uma ordem complexa, que conjuga vários fatores. Na visão de Eros Grau (1988, p. 323, *apud*

PIOVESAN, 1995, p. 40), a ordem econômica de 1988 é do tipo aberto, que permite instrumentalizar mudanças sociais.

Dentro da Constituição de 1988, ficou expressa a opção do legislador pelo sistema capitalista. Todavia esse sistema sempre deve ser conciliado com a ordem social de bem-estar previsto na carta magna.

Conforme a Constituição de 1988 fica evidente a necessidade intervenção do estado, para a efetivação dos direitos ali previstos, de maneira que não é mais concebível um estado absenteísta. Desta maneira, esta intervenção do estado não pode configurar empecilho para o desenvolvimento da livre iniciativa.

Destas características se extrai o perfil da constituição de 1988: se trata de um estado intervencionista, que visa o bem-estar social. Neste sentido, a constituição passa a ter um aspecto de garantia social, em que o estado inimigo cede lugar a estado amigo. Desta forma, mostrasse claro o alinhamento do legislador constituinte com o modelo Constitutivo Dirigente, ou seja, substancialista.

Em outras palavras, a constituição passa a ter um caráter constitutivo dirigente, em que se compromete a provocar uma verdadeira mudança do *status quo*, através de mudanças estruturais, implementação de políticas públicas, se transformado em um verdadeiro instrumento de mudança social.

## **6 DA NÃO ASSIMILAÇÃO DA NOVA REALIDADE CONSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E NECESSÁRIA MUDANÇA DE POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO**

Após uma breve análise da evolução do constitucionalismo, análise das duas principais teorias constitucionais, procedimentalista e substancialista, foi feita uma análise do perfil da Constituição de 1988, de forma a verificar a que tipo de teoria a constituição de 1988 se alinha.

Neste sentido, verificou-se que foi vontade do constituinte originário de 1988 formular uma constituição compromissária-dirigente, com uma ampla carta de direitos e garantias, possuindo um aspecto comunitária, alinhando-se então a teoria substancialista.

Nota-se, que ocorreu uma mudança paradigmática promovida pela carta de 1988 que implica e uma alteração nas diversas esferas do mundo jurídico, mas principalmente, no que diz respeito ao poder judiciário, que passou a ter um maior protagonismo devido, exatamente, a esse caráter compromissário assumido pela carta de 1988, o que ficou conhecido com Plus normativo (STRECK, 2002. p, 27)

Assim, pretende-se discorrer neste capítulo se essa mudança paradigmática foi acompanhada por uma mudança de pensamento e na cultura prática diária, não só dos magistrados, mas de toda comunidade jurídica e geral.

Desta forma, embora promulgada a constituição de 1988 de caráter compromissária dirigente, com inspirações nos modelos europeus e norte americano, não foi possível se verificar uma mudança do pensamento e postura dos magistrados em geral.

Destaca-se que o período anterior foi marcado por um grande trauma na história brasileira, época de grande autoritarismo, em que houve supressão dos direitos e garantias fundamentais, violações a constituição entre outras.

Isso quer dizer que embora tenha ocorrido uma mudança paradigmática constitucional e, por conseguinte em todo sistema, tal mudança não foi capitulada pelos magistrados em geral.

Dessa forma, embora a constituição de 1988 seja de cunho substancialista de concretização de direitos fundamentais, esta encontra obstáculo

na denominada crise de dupla face (STRECK, 2011, p.243): a) em uma mentalidade liberal individualista, típica do sistema liberal defensor, b) assim como em um método de interpretação metafísico-objetificante, que predominavam na interpretação constitucional até então.

Neste íterim, o que se vê no Brasil é um direito moldado para resolver conflitos individuais, como nos clássicos casos entre Tício e Caio, que levam a respostas rápidas, mas destituídas de profundidade. Todavia, esse método é um tanto quanto simplista e incapaz de resolver todos os conflitos diante de uma sociedade tão complexa igual a atual. Essa nova realidade é marcada principalmente pelos direitos de segunda e terceira dimensão relativos aos direitos coletivos, difusos, transindividuais.

Tal panorama acima levantado, de uma sociedade cada vez mais complexa e de direitos transindividuais, leva a uma justiça incapaz de averiguar a ofensividade causada por crimes que causem dano a coletividade. Pode-se citar como exemplo os crimes do “colarinho branco”, que são marcados pela baixa punibilidade em desacordo com o grau e lesão que causam a comunidade. Fica aí então explícito a incapacidade de empregar o caráter transindividual das normas constitucionais por estarem confinados a uma dogmática jurídica liberal individualista.

Outros fatos que demonstram a falta de compreensão desse fenômeno que recai sobre o direito brasileiro é a interpretação equivocada que a suprema corte deu ao mandado de injunção, reduzindo sua eficácia. Neste mesmo sentido ocorreram com os outros instrumentos como, ação de inconstitucionalidade por omissão e ação de descumprimento de preceito fundamental, institutos que receberam peculiar protagonismo na carta de 1988.

Um dos fundamentos que pode explicar a não compreensão do fenômeno pelos juristas brasileiros é exatamente a ausência de uma teoria constitucional e uma teoria geral do estado que se alinha a esse modelo compromissário dirigente para implementar aquilo que estabelecido na carta constitucional.

Isso porque, na sistemática das teorias de estado do antigo sistema, as normas constitucionais pragmáticas ostentavam um lugar secundário na hierarquia da teoria constitucional, de forma que seria necessário construir uma nova teoria geral alinhada com esse novo cenário constitucional, que dá prioridade as normas

pragmáticas constitucionais. Lembrando que no sistema europeu a muito as normas pragmáticas ocupam uma posição protagonista.

Dessa forma, não é mais aceitável uma postura do judiciária totalmente descompassada com a nova realidade constitucional. Tendo como referência o que já foi dito, o ilustre doutrinador Lênio Luiz Streck (2002, p. 281) entende que deve haver um redimensionamento do judiciário, em especial a justiça constitucional, que não pode se resumir apenas a função de *dizer o direito*. Neste sentido, constituição consagra regras e princípios de forma a evitar a usurpação da soberania popular por meio das instituições públicas e privadas.

Desta forma, a justiça constitucional surge como forma de realização dos preceitos fundamentais constantes na constituição quando os poderes políticos falham na realização destes.

Desta maneira, embora a constituição tenha adotado uma clara postura substancialista, ou seja, compromissária dirigente, o que se verifica no cotidiano é um total desalinhamento com esta tese.

Revela-se também que a postura do judiciário também não se adequa as teorias procedimentalistas de Habermas. Isso pode ser atestado pelo uso indiscriminado de medidas provisórias pelo executivo, que se distancia da ideia de “mediação e combinação entre soberania institucionalizada em não institucionalizada” (HARBEMAS, 1997, p. 99 *apud* STRECK, 2002, p. 299), conforme tese procedimentalista.

Desta forma, a seguir, resumidamente, se fará um compilado de alguns pontos chaves que demonstram a falta de compreensão deste fenômeno pelacompanhamento constitucional:

- A não efetivação da parcela mínima de direitos previstos na constituição.
- Os instrumentos previstos na constituição de efetivação do acesso a justiça também formam relegados pela corte constitucional (destaca-se nesse caso o manado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental).
- No que diz respeito ao congresso nacional, há uma distorção na proporcionalidade entre parlamentares e eleitores, o que gera unidades federativas com um menor número de eleitores super-representadas se comparadas com outras com maior número de eleitores.

- O Brasil não passou pela fase de estado social de direito (well fare state), sendo que a característica intervencionista apenas serviu para arraigar ainda mais as diferenças sociais no país.

- Tanto o controle abstrato quanto concreto atingiu um baixo nível de eficácia, se tratando este de um importante instrumento de concretização dos direitos, ocorrendo o que se denomina como baixa constitucionalidade.

A Assimilação dos preceitos passa por uma mudança de postura. Essa nova postura do poder judiciário está intimamente ligada ao uso de mecanismos de acesso a justiça através da jurisdição constitucional. Isso se efetiva por meio de mecanismos constitucionais, nesse caso, os controles de constitucionalidade abstrato e concreto, em especial o mandado de injunção, arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A partir disso, é necessário desenvolver uma hermenêutica crítica adequada a esse novo paradigma constitucional, de efetivação concreta da constituição que rompa o antigo método metafísico e assim delimitando o modo de atuação judiciário, e especial da corte constitucional.

## **7 A NECESSIDADE DE UMA NOVA TEORIA GERAL CONSTITUCIONAL E A UMA HERMENÊUTICA ADEQUADA À NOVA REALIDADE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O presente trabalho, na tentativa de estabelecer os parâmetros para uma atuação do poder judiciário, em especial o da suprema corte, dentro dessa virada constitucional pela qual passou nosso direito, entende que é importante que nosso sistema jurídico esteja bem alicerçado por uma teoria geral constitucional e em uma hermenêutica constitucional adequada. Como dito alhures, é importante destacar, nesse contexto, que diante do protagonismo assumido pelo judiciário, tal estruturação é de suma importância para se evitar arbitrariedades e os decisionismos, o que levaria a uma juristocracia.

Assim, da necessidade de formulação de uma Teoria Geral da Constituição, a primeira constatação que se faz é que não é possível se formar uma teoria única e universal.

Neste contexto, a partir da linha dirigente compromissária que a constituição de 1988 assumiu, é necessário que se estabeleça uma teoria constitucional que abarque as conquistas civilizatórias de forma que garanta o indivíduo contra atos que levem ao retrocesso dos seus direitos, ao mesmo tempo em que reserve um espaço para as peculiaridades regionais e identidade nacional de cada país.

Essa teoria da constitucional também deve possuir o conteúdo compromissário mínimo assim como os meios de implementação dos direitos plasmados na carta magna, criando condições de possibilidade para dar eficácia a esses direitos e de maneira a salvaguardar os dois pilares do Estado de Direito, quais sejam, os direitos fundamentais e a democracia.

Neste mesmo sentido, assume fundamental importância o papel da hermenêutica constitucional. Nas palavras de Gilmar Mendes (2015, p.81) que declara que “a atividade destinada a descobrir o sentido de uma Constituição, que proclama valores a serem protegidos, seguidos e estimulados pelos poderes constituídos e pela própria sociedade, assume inescandível relevo para a vida social e para a definição do Direito”. Entende autor, que carta constitucional não se resume

a estabelecer limitações a ação do estado, mas também traz consigo um alto valor axiológico, trazendo a lume debates políticos e morais.

Neste sentido também entende Eros Roberto Grau (2006, p.29), para quem a interpretação do texto não é meramente declaratória, mas sim constitutiva, que vai muito além da compreensão do texto. Nesse mesmo sentido, entende que a interpretação/aplicação passa por um processo de compreensão dos fatos e normas que devem ser ponderados para a solução do caso, finalizando com a resolução o caso.

Já Lênio Luis Streck (2002, p. 27) entende que a atividade hermenêutica no Brasil está estagnada no que denomina de “habitus”, ou seja, nas velhas práticas e entendimento e interpretação do direito, incompatíveis com a nova realidade do estado democrático de direito.

Segundo ilustre doutrinador, o resultado disso é uma corrupção da atividade interpretativa, que leva a uma cultura estandardizada, manualizada e reprodutiva, na qual não se pensa o direito no seu acontecer. A partir de tais preceitos se desenvolveria uma metodologia de crivo metafísico, que abriria espaço para o subjetivismo. Assim, define a interpretação como uma fusão de horizontes para si mesmo. Desta forma, interpretar exigiria uma compreensão que dependeria de uma pré - compreensão. Exemplificando, para entender uma constituição necessária uma prévia teoria constitucional que uniria todas os textos do sistema.

Desta forma, na busca de uma hermenêutica adequada a essa nova realidade, entende-se que o que determinara o sentido ao texto é a condição de ser no mundo daquele texto (e não o método de interpretação). Assim, a atividade interpretativa será sempre produtiva, no sentido de se desenvolver especificadamente em cada caso, e nunca reprodutiva, no sentido de standartizada, reflexo de uma filosofia da consciência.

Assim o texto não segura por si mesmo a interpretação que lhe é dada, pois do texto sempre sairá uma norma, se tratando está, a norma, de um produto do próprio texto. Até mesmo por isso que um texto abrirá campo para várias normas.

Neste sentido, vale à referência a metáfora da estatua de Vênus de Milo de Eros Roberto Grau (2006, p. 23). Explica, ilustre autor, que em uma situação hipotética, em que é entregue a três escultores diferentes três blocos de mármore, para que estes façam sua própria versão da escultura da Vênus de Milo. Ao final do processo o que se verá serão três esculturas, conforme encomendado, em que

serão perfeitamente identificáveis com da clássica estatua, mas cada uma com suas peculiaridades. Assim também é a interpretação, pois embora possam ser extraídas diferentes normas de um texto, todas encontram uniformidade com o texto da quais foram extraídas.

Destarte, sabendo que o texto não é um ente disperso no mundo, que ele existe quanto norma, que existe dentro de um contexto, entende que esse cenário no qual está inserido é e própria constituição, e que, portanto, exige conforme já explicado alhures, necessidade uma pré-compreensão (pré-juízo) do sentido da constituição. Assim a interpretação do texto jurídico está vinculada a ideia de concepção de constituição que o interprete possui. Neste momento é que surge o problema da baixa compreensão da constituição referenciado por Lênio Streck (2002. P. 176), uma vez que a interpretação decorre dessa previa noção de constituição, de forma que, quando o interprete possui uma baixa compreensão do constitucionalismo previsto na carta de 1988, problema já suscitado no item anterior, a atividade hermenêutica encontra-se prejudicada.

É preciso destacar que o a norma não é interpretada por partes, conforme o método clássico, em que havia a separação entre o conhecer, o interpretar e aplicar, de acordo com a hermenêutica aqui tratada o processo interpretativo se resume a applicatio, conforme ensina Gadamer.

Assim leciona Eros Roberto Grau (2006, p. 29):

Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário, superpondo-se.

Assim quando o interprete desenvolve a atividade hermenêutica do texto, ele está em um círculo hermenêutico, na forma em que para interpretar um texto constitucional, será necessário um movimento de pré - compreensão que remete a própria constituição. Sobre isso discorre Eros Roberto Grau (2006, p. 41), que:

Ensina mais ainda a reflexão hermenêutica: ensina que o processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão o seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico - matérias as quais dedico atenção no Ensaio.

Assim, esta perspectiva hermenêutica permeia toda jurisdição constitucional, e, portanto, a atividade da suprema corte, como agente legítimo a proteger e concretizar constituição, principalmente no que diz respeito ao seu núcleo essencial, de acordo com uma teoria hermenêutica alinhada com a postura assumida pela constituição de 1988.

Assim, essa perspectiva hermenêutica passa por um processo de redimensionamento o poder judiciário, que perpassa por um deslocamento do centro de tensão os demais poderes para o judiciário.

## **8 A CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA DECISÃO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO E AS HIPÓTESES QUE O JUIZ PODE DEIXAR DE APLICAR A LEI**

Como se sabe, o antigo método interpretativo de subsunção do texto ao fato, que encontra raízes principalmente nos textos de Kelsen, são hoje insuficientes para interpretar (e logo concretizar), normas constitucionais. Assim como forma de superar esse método formaram-se diversas correntes, que buscaram desenvolver uma teoria de decisão judicial adequada a nova realidade do constitucionalismo. Em outras palavras, diante de uma um novo paradigma do constitucional, de uma carta com extenso rol de direitos surgidos no pós-guerra, com uma diversidade de mecanismos constitucionais disponíveis ao cidadão, percebeu – se que o método de subsunção não é mais apto a dar aplicabilidade as normas.

Desta forma, na necessidade de elaborar uma um método adequado a essa nova realidade, foram desenvolvidas diversas teorias que, apesar das particularidades que compõe cada uma, podem ser agrupadas em duas principais vertentes.

Em uma primeira linha de pensamento se vislumbra um método que segue as premissas do positivismo, se tratando na verdade de um aprimoramento deste método, que alguns denominam de pós - positivismo, que tem por escopo a proteção da legalidade, de maneira que permite uma discricionariedade reduzida do juiz, que encontra substrato, principalmente, na teoria prática de Kelsen.

Assim, na visão de Manuel Atienza (2001, p.88 *apud* STRECK, 2013, p. 323), não se trata que a ciência do direito não possa ser avaliativa, mas que os valores que a compõe são tanto éticos quanto morais. Assim não se vincularia os direitos e a política, mas também a moral o que, por conseguinte lhe vincularia a razão prática, em todos os seus aspectos.

Outro positivista, Ferrajoli (STRECK, 2013, p. 325), defende a ideia de uma fatalidade discricionária, entendo que existem três situações insuprimíveis em que se deve aplicar a discricionariedade da decisão jurídica: 1) o poder de qualificação jurídica, que corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; 2) o poder de verificação fatural ou de valoração das provas, que corresponde as situações de ponderação dos indícios e dos elementos

probatórios; c) o poder equitativo de conotação dos fatos verificados, que se refere aos espaços do entendimento e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis ao mesmo tipo legal do crime.

Em seguida, colendo doutrinador entende que essas situações de inevitável discricionariedade poderiam ser reduzidas por meio de uma teoria da argumentação que se motiva tais decisões.

Assim, o que se vislumbra, é que, embora os doutrinadores que defendem tal posicionamento elaborem formas de mitigar a discricionariedade, essa característica permanece invariavelmente e em diversos graus, o que leva a conclusão que se trata de uma característica inerente do método positivista.

Esse posicionamento pós-positivista sofre contundente críticas. Tais críticas são no sentido de que na decisão judicial sem fundamentação conduz a uma interpretação sem a devida reponsabilidade política, (accountability hermenêutica), ou seja, a devida prestação de contas. A ausência de motivação torna a decisão um ato de vontade, o que é, em outras palavras, um juízo pessoal do aplicador do direito.

Desta monta, questiona-se como é que se exerceria um juízo de controle sobre o ato discricionário. Tal assertiva leva a conclusão de que a decisão discricionária, para todos fins, por se tratar de um ato de vontade (um ato e consciência do juiz), é um ato arbitrário e, portanto, antidemocrático.

Seguindo essa linha de raciocínio, alega-se ainda que, em se tratando a constituição da principal fonte de legitimidade para as decisões judiciais, e em um contexto em que este exerce o poder contra majoritário, no momento que o juiz profere uma decisão discricionária há um rompimento com a principal fonte legitimadora do exercício criativo do judiciário.

Neste azo, argumenta-se os críticos dessa vertente de pensamento, que embora o movimento pós-positivista tenha levado a importantes avanços e diversas aspectos, não foi capaz de solucionar, talvez, a principal questão que afligia a dogmática do positivismo do sistema liberal, qual seja, a discricionariedade, se tratando esta de uma pratica que confronta os pressupostos democráticos.

Já uma segunda vertente pretende construir uma teoria das decisões judiciais alinhada com constitucionalismo contemporâneo que objetiva o rompimento com o modelo positivista ou pós - positivista, baseada principalmente no combate a

discricionariedade, que no entendimento dessa corrente, é elemento inerente ao positivismo (ou pós - positivismo). Tem entre seus defensores o jurista Tomás-Ramón Fernández (2005. P. 93 *apud* STRECK, p. 327) que é um ferrenho crítico da discricionariedade dos juízes.

Neste sentido, também entende Lênio Luiz Streck (2011, p. 328), para quem a decisão judicial é um ato de poder que deve estar legitimado de acordo com os preceitos constitucionais, de forma que o poder quando não aparado pela constituição é ilegítimo. Entende que a decisão discricionária é, em sua essência, uma decisão arbitrária.

Assim, a ideia de Teoria Geral das decisões que se pretende aqui formular parte do fato que os princípios e regras formam o todo do direito, que servem para, por meio de um processo hermenêutico já abordado acima, guiar aplicação do direito, de forma que não há espaços para a discricionariedade (ou arbitrariedade, segundo Lênio Streck). Essa ideia também remete a noção de integridade e coerência de Ronald Dworkin (2002, p.202).

Desta forma a função da constituição, pelas quais também se pretende engendrar essa teoria das decisões judiciais, é exatamente preservar a força normativa da constituição e também a autonomia do direito. Desta maneira, cria-se um sistema pelo qual não poderá a moral se sobrepor ao direito, da mesma forma que este, não fique refém das do sistema econômico.

Assim, Lênio Luiz Streck propõe um conjunto de princípios que devem ser orientadores da interpretação do direito que visam combater a arbitrariedade assim com estabelecer certo controle sobre a atividade jurisdicional. Tais princípios estabelecem padrões forjados na tradição do Estado Democrático de Direito, que devem ser observados na dimensão de reflexão práticos concretos.

Assim os princípios que devem ser observados são:

### **8.1 Preservar a Autonomia do Direito**

O direito que surgiu no pós-guerra deve ser entendido em um constante processo de autonomização, diante da situação da falta de controle sobre a política que se estabeleceu naquele período (anterior a guerra). Por conta disso, dessa nova fase do constitucionalismo é importante conferir autonomia do direito em relação as outras dimensões tal como política, economia e moral.

Esse princípio aborda vários padrões interpretativos dentro do direito constitucional. Destaca-se aqui a correção funcional, o respeito a rigidez do texto, a força normativa da constituição e máxima efetividade. Neste sentido que se deve lançar mão do limite semântico da constituição.

Por esse princípio o que se visa é evitar a ação do que se denomina de predadores endógenos e exógenos. Aqueles, que funcionam no plano da dogmática jurídica: “pamprincipiologismo”, pelos embargos declaratórios, pelas teses que relativizam a coisa julgada, pela aposta na discricionariedade judicial; e estes, que funcionam no plano da teoria do direito, podendo ser destacados, tradicionalmente, a inserção da moral como corretiva do direito, a política, pelas constantes reformas que buscam fragilizar direitos fundamentais.

Assim a autonomia do direito é ordem de validade representada pela força normativa de direito produzido democraticamente e que institucionaliza as outras dimensões com ele intercambiáveis (exemplo de economia, moral). Mais do que isso, a constituição é o fio condutor dessa intermediação.

## **8.2 O Controle Hermenêutico da Interpretação Constitucional**

O controle hermenêutico, nesse contexto, apresenta-se como uma solução discricionariedade, desta maneira, como uma imposição de limites as decisões judiciais.

Assim, por conta do campo de proteção contra a maioria (contra majoritarismo) e conseqüente diminuição do campo da conformação e manobra do legislador, se viu a necessidade de implementação de mecanismo de controle da decisão judicial, para onde foi deslocado a polo de tensão.

Esse tema já foi aprofundado no tópico específico.

Assim imprescindível o desenvolvimento de uma teoria hermenêutica, em um cenário constitucional igual ao brasileiro, umbilicalmente ligado à dicotomia constitucionalismo-democracia, em que não há espaço para decisionismos dos juízes, ou seja, para a discricionariedade.

### **8.3 O Efetivo Respeito à Integridade e à Coerência do Direito**

Esse princípio tem como objetivo criar barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmáticas em geral.

Assim a integridade e coerência têm como pilar outro padrão, que também pode ser chamado de princípio, qual seja, o da necessidade da fundamentação das decisões (art. 93, X, da CF).

Ele também se desdobra em outros subprincípios, que foram consagrados através do tempo na teoria geral da constituição, como o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização, o princípio da eficácia integradora ou do efeito integrador, o princípio integrativo e o princípio da proporcionalidade.

A integridade está relacionada com a atribuição de os juízes construir suas decisões de forma coerente com todo o sistema, de maneira que forme a chamada consistência articulada. Está intimamente relacionada com a democracia, e tem como um de seus precursores Ronald Dworkin.

Essa integridade do sistema também abrange o modo de produção da norma. Assim, embora não seja o alvo do estudo, o legislador, ao criar a norma, deve obedecer a coerência com todo o sistema.

### **8.4 O Dever Fundamental de Justificar as Decisões ou de Como Motivação não é Igual a Justificação**

Trata-se esse de um direito previsto na constituição, em seu artigo 93, IX, em que determina que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu.

Desta maneira, no estado democrático de direito não basta apenas que o juiz decida, é necessário também justifique sua decisão. Isso porque é pela fundamentação que ocorre o controle da decisão do juiz, ou seja, que responderá politicamente (accountability).

A seguir será descrito alguns fatores que explicam a importância desse item:

A) A fundamentação é o elemento hermenêutico que se dá a compreensão do fenômeno jurídico.

B) É possível discutir a aplicação do direito a partir da historicidade de cada ato hermenêutico-interpretativo, de forma que significa uma blindagem contra historicismos e a-historicidades.

C) Justificar quer dizer fundamentar, e isso é muito mais que motivar.

D) O dever de fundamentar supera as antigas praticas de cunho liberal, que standatiza o direito, tais como a subsunção ou a mera citação de enunciados.

E) Esse princípio também impede a situação de primeiro decidir e depois fundamentar.

### **8.5 O Direito Fundamental a uma Resposta Constitucionalmente Adequada**

Trata-se de uma garantia que salvaguarda ao cidadão o direito de que tenha sua causa julgada de acordo com os ditames da constituição e da mesma forma tenha as condições necessárias para verificar se a resposta está constitucionalmente adequada. Este princípio está intimamente relacionado com o anterior, de fundamentar e justificar as decisões.

Assim a resposta constitucionalmente adequada deve ocorrer no sentido de reforçar (confirmar) a força normativa da constituição, de forma a coibir decisões deslegitimadoras de cunho metafísico. Trata-se, portanto, de um dever inerente do exercício da atividade jurisdicional, de dar cumprimento a constituição, por meio de uma resposta constitucionalmente adequada. Esta resposta deve conduzir ao núcleo principiológico da busca da fusão de horizontes demandada no caso em concreto.

O que se busca é uma resposta constitucionalmente adequada e não uma resposta definitiva, isso porque uma resposta definitiva acarretaria a um enrijecimento do direito, possuindo, portanto, um aspecto anti – hermenêutico. O que se busca aqui é uma resposta coerente com a constituição e que reforce o sentido de integridade do sistema jurídico.

A decisão constitucionalmente adequada dessa forma complementa os outros princípios. Assim, não se trata nem de uma decisão única nem da melhor, mas sim da mais adequada, pois deve ser uma resposta que confirme a constituição.

Concluindo, o que se pretende com esses princípios, é que sejam valorados em toda forma de interpretação (*applicatio*) do direito e não apenas na atividade da jurisdição constitucional, de forma a garantir uma hermenêutica ajustada com a constituição.

Por fim, como último filtro constitucional no que se relaciona a teoria das decisões jurídicas, importante fazer referência as hipóteses em que o juiz deixara de aplicar a lei, assim:

1. Quando lei for declarada inconstitucional, seja ou controle difuso ou por o controle concentrado.
2. Nas hipóteses que aplicar interpretação conforme a constituição, quando necessário se somar um novo sentido ao texto que seja adequado a constituição, embora o texto continue o mesmo.
3. Na situação de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, situação em que há a retirada de e um termo que leva a constitucionalidade
4. Na situação de ter que se aplicar um princípio ao invés de uma regra. Destaca-se que nessas hipóteses deve-se refutar a concepção de pamprincipiologista, ou a ideia de standartização e retórica dos princípios.
5. Quando aplicar nulidade parcial sem redução de texto, quando continua o mesmo texto, mas há uma mudança quando a sua incidência. Se trata da situação em que dentre as várias interpretações que podem ser extraídas de determinado texto, há a exclusão e relação de alguns desses entendimentos.
6. Na aplicação de critérios de resolução de antinomias.

Assim quando uma decisão fora desses parâmetros provavelmente esta fora dos marcos do estado democrático de direito, se tratando de uma decisão arbitrária e logo eivada em discricionariedade.

## 9 A QUESTÃO DA FALTA DE LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E A EXISTÊNCIA DE UM DÉFICIT DEMOCRÁTICO FRENTE AOS PODERES REPRESENTATIVOS

Uma questão que sempre se suscita no âmbito da atuação do poder judiciário (em especial do órgão de cúpula do poder judiciário), quando em confronto com poderes legislativo e executivo, é a existência de um déficit democrático no exercício da jurisdição constitucional. Desta forma, se questiona se um poder que não possui o aval da população (da maioria) poderia se sobrepor aos atos daqueles outros dois, que, para todos os fins, possuem legitimidade democrática.

Argumenta-se que a ausência de legitimidade decorre do fato dos juízes não terem sido recrutados por meio do sufrágio universal, mas sim através de provas e títulos ou nomeação do chefe político o que retiraria a legitimidade democrática frente aos outros poderes eleitos.

Todavia, se pretende demonstrar que há outros meios de se conferir legitimidade que não apenas o por via eleitoral.

Assim, falar o sufrágio universal é única forma de promover a legitimidade constitucional é um reducionismo do sentido da constituição, até porque em um ambiente democrático, e um sistema de controle recíproco entre poderes, é saudável conferir legitimidades a outros órgãos que não somente aqueles eleitos.

O Renomado jurista Alexandre Morais (2002, p. 645) destaca o aspecto político da atividade jurisdicional constitucional.

toda Corte que exerce jurisdição constitucional não é somente um órgão judiciário comum, mas sim órgão político diretivo das condutas estatais, na medida em que interpreta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais e como tal deve priorizar os casos de relevante interesse público.

No entendimento do ministro Luis Roberto Barroso, teoria da *dificuldade contra majoritária* possui justificativas de duas ordens:

Uma primeira normativa, que decorre do fato que a própria constituição conferiu tal prerrogativa ao supremo se tratando pois, da vontade do constituinte originário. Relata que a maioria das democracias modernas confere parcela do poder político ao agente público que não são convocados pela via eleitoral. Justifica

que, muitas vezes, o juiz constitucional, ao interpretar normas vagas indeterminadas e fluidas, é também participante do processo criativo do direito.

A segunda é de ordem filosófica, em que parte do pressuposto que o estado democrático de direito abrange dois conceitos que, embora pareçam contraditórias em um primeiro momento, na verdade se complementam, quais sejam a democracia (que remete a poder do povo, soberania popular), e constitucionalismo (que remete respeito aos direitos fundamentais e limitação do poder). Assim, do contraponto entre esses dois conceitos eventualmente surge áreas de tensão, (entre direitos fundamentais e governo da maioria), de forma que cabe ao supremo, como principal agente que promove a proteção e concretização dos direitos nela contidos, exercer o papel contramajoritário, quando a ação da maioria implicar em ato atentatório a aos direitos contidos na carta magna.

Além disso, atenta-se ao fato de que os juízes da suprema corte são nomeados pelo chefe do executivo, dentro de sua atribuição de conformação, ficando demonstrado então o viés político da suprema corte.

Luiz Werneck Vianna (1999, p. 372) propõe um conceito um desdobramento da concepção de soberania. Em sua proposta formula duas formas de representação, duas dimensões de cidadania. A representação política, liga a cidadania política, que é exercida pelos representantes do povo, e a representação funcional, ligada a cidadania social, que é exercida pela comunidade de interpretes. Essa segunda categoria confere legitimidade ao poder judiciário, uma legitimidade funcional, que promove a cidadania social.

Nesse sentido, não tem como se negar que as esferas legislativas e executiva passam por uma crise, caracterizadas pela baixa permeabilidade na sociedade civil. Assim, parte considerável da cidadania ocorre no âmbito do judiciário, por meio de práticas da administração pública e impugnação de leis e reconhecimento do direito das minorias.

Esse também é o pensamento do Ministro Celso de Melo, que no julgamento da ADPF nº 132, que requeria interpretação conforme a constituição e relação ao artigo 1753 do CC, discorreu que:

esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos

conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional. Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo tribunal Federal está a proferir.

Conclui-se então que a legitimidade do judiciário subsiste, de maneira que esse poder exerce essencial função dentro do sistema brasileiro, tratando de contrapeso aos poderes eleitos (legislativo e executivo), evitando seu agigantamento, promovendo a defesa e efetividade dos direitos fundamentais, dos interesses das minorias, entre outros.

Assim ensina Mauro Cappelletti (1993. p. 107):

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneo, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante outros centros de poder (não governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.

Embora feita tais considerações, importante lembrar que a atividade do judiciário não pode obnular o papel do legislativo e do executivo, da política e do governo da maioria, pois caso um possível agigantamento do judiciário para além de sua competência poderia acarretar uma juristocracia, ou seja, uma ditadura do judiciário, de maneira que este poder estaria fazendo exatamente aquilo que discricionariamente deveria evitar, que seria harmonizar os poderes. Feita essa consideração, fica assim demonstrada o caráter político do judiciário, refutando a ideia de déficit democrático.

## 10 A QUESTÃO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A primeira concepção do que atualmente conhecemos por separação dos poderes remete a Aristóteles. Todavia a abordagem do filósofo apenas arranhava a superfície deste conceito aqui tratado.

Foi com Montesquieu (2000, p. 167), em seu livro “O espírito das leis” que o conceito separação dos poderes toma a forma que reconhecemos hoje, e que significou uma quebra paradigmática no direito.

existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

A partir de então, variados autores teorizam sobre a dinâmica da separação dos poderes, assentados, principalmente, na obra bases teóricas de Montesquieu.

Assim, cita-se como exemplo Locke (1978, p.34), que constrói sua teoria centrada no legislativo. Para ele o poder político está na atribuição de criar leis, que teria legitimidade para exercer força na defesa da comunidade e do bem jurídico.

Destarte, fica claro por essa concepção possui viés liberal individualista que obviamente não se alinha com o conceito de separação de poderes abordada no presente trabalho. Isso porque os estados que adotam tal modelo são marcados por uma constituição estrutural, ou seja, destituído de força normativa. Estes estados possuem um judiciário débil, que cumpre um papel meramente mecanicista de dizer o direito.

Todavia, com ao surgimento do estado social de direito se vislumbrou um aumento da demanda social por direitos, o que exigiu uma postura interventora do estado, que se deu por meio da atuação do legislativo ao consagrar nas leis tais demandas sociais, provocado o agigantamento deste poder.

No entanto esse agigantamento do legislativo contrastava com um judiciário impotente, que gerou um estado demasiadamente regulamentador e burocrático, mas ineficiente no que se toca efetivação de direitos.

É neste cenário eu surge o neoconstitucionalismo do pós-guerra, marcado por constituições com uma extensa carta de direitos, pela valorização dos

direitos fundamentais, e atribuição de força normativa ao texto constitucional. Assim, esse movimento significou uma mudança paradigmática, de revolta contra o formalismo e efetivação dos direitos previstos na carta magna, movimento esse que perpassa pelo inexorável redimensionamento do poder judiciário, que se torna o vetor de efetivação dos direitos e cumprimento das promessas contidas na carta magna.

Assim, no panorama desenhado até aqui, a separação dos poderes assume uma nova dinâmica, em que judiciário passa por um movimento de expansão, de forma a fazer frente o legislativo e executivo e assim restaurar o equilíbrio dos poderes e permitir um efetivo controle recíproco (check and balances).

Neste sentido Heller (1998, p.306) entende que a divisão dos poderes não implica em independência entre estes, mas sim condicionamento recíproco entre os órgãos, com o fim último de promover a defesa dos direitos fundamentais.

Essa nova postura implica em uma suprema corte que atua não somente dizendo o direito (de acordo com o antigo paradigma liberal individualista), mas sim exercendo a guarda dos direitos fundamentais, efetivação dos direitos prevista na constituição, o que implica, algumas vezes em um exercício de criação normativa, assim como uma atitude interventiva.

No entendimento de Luis Roberto Barroso (2009, pag. 19) que a atuação do judiciário deve ser pontual, agindo em caráter de complementariedade da omissão do legislador no sentido de efetivação do texto constitucional, segundo critérios hermenêuticos que confira legitimidade a sua atuação. De resto, revela que deve o judiciário acatar as escolhas políticas feitas pelo legislador, respeitada atribuição que lhe é característica.

Assim, diante da complexidade que a atividade jurídica tomou, necessária também uma hermenêutica igualmente sofisticada que balize a atividade jurídica e que lhe garanta segurança jurídica que em muito supera o método da subsunção.

Desta maneira, embora tenha havido um redimensionamento do poder judiciário nesse novo cenário do constitucionalismo, a separação dos poderes não foi prejudicada. Na verdade, não houve, como muito se alega, questão de sobreposição do judiciário diante dos outros poderes, houve, na verdade, uma equalização deste frente aos outros dois gigantes (Legislativo forte, com um Executivo forte e um Judiciário forte, conforme Cappelletti (1993. Pag. 53)).

Assim, não há que se falar que o judiciário rompeu sua esfera de atuação. Trata-se, de uma nova dinâmica no equilíbrio dos poderes, dentro da ideia de pesos e contramedidas, se tratando pois, de um preceito fundamental dentro de um estado democrático de direito, uma garantia contra eventuais regimes autoritários que uma vez já assombraram o estado brasileiro.

## **11 A QUESTÃO DA RESERVA DE CONSISTÊNCIA E DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL**

Este é um instituto que tem grande tradição nos Estados Unidos. No contexto daquela sociedade, por conta da noção do respeito ao princípio da separação dos poderes, a norma constitucional gozaria uma presunção de constitucionalidade, devido a atribuição originária do legislativo de conformar as leis. Assim, da mesma forma, caberia ao judiciário exercer seu papel no controle do poder legislativo, conforme o sistema de freios e contrapesos.

Neste sentido, no princípio desenvolvimento desse instituto em solo norte americano, se formulou uma tese de presunção de constitucionalidade quase que absoluta, que exigia uma postura com alto grau de autocontenção judicial.

Já segundo uma concepção mais atual de constitucionalismo, a jurisprudência norte americana tem admitido maiores graduações da presunção de constitucionalidade, que permite, através de critérios bem estabelecidos, uma maior intervenção do judiciário no poder conformador de legislativo. Neste sentido, a autocontenção judicial alternaria de nível segundo alguns parâmetros. Assim, pode ser citados: “teste da racionalidade” (rationality test) caracterizado pela extrema autocontenção judicial, utilizado, por exemplo, relacionado ao controle da regulação das atividades econômicas; o “teste intermediário” (intermediate test), mais rigoroso do que o primeiro, usado, por exemplo, para controle de possíveis discriminações de gênero; e o teste do escrutínio estrito (strict scrutiny), extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo.

Já no que se relaciona ao Brasil, algumas vezes na doutrina e na jurisprudência tem se levantado para trata sobre o tema. Uma delas é o juiz Sergio Mouro. Para ele (2001, p.105-106), esse instituto é fundamental para a concretização judicial da Constituição. Assim leciona que cabe ao julgador, quando no julgamento do ato do legislativo, demonstrar, por meio de argumentos convincentes, o acerto de sua interpretação da constituição em oposição ao equívoco do legislador, quando da interferência no legislativo, ou, no mesmo sentido, deixará de tomar algumas medidas para concretizar normas fundamentais quando esta implicar em adoção de políticas públicas muito complexas.

Desta forma, a reserva da consistência é a técnica pela qual se promove de autocontenção judicial. Assim, ensina autor que quando a carga da argumentação não for suficiente para demonstrar o acerto da interpretação do juiz, devera este assumir um uma postura de autocontenção (2004. P. 178.179).

Autor também abrange o alcance da reserva da consistência nas situações em que determinadas questões constitucionais, que demandam a elaboração de políticas públicas de grande complexidade, de forma tal que ultrapasse sua esfera de conhecimento ou escape a competência do juiz em que deverá este assumir uma postura de autocontenção.

Alguns doutrinadores, tem uma concepção da reserva da consistência reduzida a questão da fundamentação, como ensina Américo Freire Junior (2005, p.121):

Ora, entendo que a denominada reserva de consistência nada mais é do que o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o qual obriga, inclusive como forma de legitimação, de que os juízes expliquem as razões de sua decisão, ou seja, o caminho lógico percorrido para a conclusão adotada naquele caso concreto.

Outro a discutir a questão é Luis Roberto Barroso. Este constrói sua tese no sentido de que deve juiz fundamentar sua decisão adequadamente, segundo os preceitos do estado democrático de direito, indicado a motivação no que diz respeito a supressão da lei ou complemento do vazio normativo, de forma que caso não consiga motivar, terá que adotar a autocontenção.

Segundo seu raciocínio, complementa, estabelecendo alguns critérios (BARROSO, p. 16-18):

A doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas idéias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento,

normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. 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, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Nesse sentido a reserva da consistência tem um papel fundamental no que diz respeito à fundamentação judicial de maneira que, quando o juiz abordar um tema que está a sua alçada de conhecimento (tal qual pedagogia, engenharia, medicina) deverá adotar uma postura de autocontenção.

Assim que surge a figura do *amicus curiae*, que tem por função trazer a juízo um especialista técnico de determinada área, que serve na função de auxiliar do juiz, de forma a conferir consistência técnica a determinada decisão. Essa figura tem sido cada vez mais presente nos julgamentos, até por conta da impossibilidade do magistrado possuir conhecimento exaustivo em todas as matérias, fazendo necessário um especialista devidamente constituído para conferir segurança jurídica a decisão.

Portanto, a reserva da consistência é um importante meio de para o controle da jurisdição constitucional, de modo que é um conceito intimamente associado a autocontenção judicial, sendo na verdade esta um desdobramento daquela. Assim, dentro do contexto da atividade jurisdicional, a autocontenção exige a retração da atividade jurisdicional quando os argumentos do magistrado não possuírem carga que justifique sua interferência nos outros poderes, ou seja, eu consiga romper a reserva da consistência.

## **12 A QUESTÃO DA RESERVA DA CONSISTÊNCIA NA MODALIDADE RESERVA DO POSSÍVEL**

Destaca-se que, no contexto da constituição de 1988 e no ambiente de redemocratização e constitucionalismo implementado por está, criou-se um solo fértil para o crescimento das demandas sociais e ânsia pela efetivação das promessas contidas naquele documento.

Assim, por conta do amplo rol de direitos previstos na constituição (onde se viu uma expansão tanto na quantidade quanto âmbito de proteção desses); do poder vinculativo e obrigatório que se deu as normas constitucionais; que remete ao princípio da força normativa da constituição; do redimensionamento do poder judiciário, em especial da suprema corte, que deixa de ter uma atuação puramente técnica especializada, o que se viu foi uma intensa judicialização das causas.

Em outras palavras, com ambiente de redemocratização e com a vasta gama de direitos consagrados na carta magna dotadas de efeitos vinculantes de norma jurídica, o cidadão, diante da ineficácia do executivo e legislativo, recorreu ao judiciário (em especial o STF) para fazer valer seus direitos. Trata-se essa de uma prerrogativa válida no contexto de constitucionalismo desenvolvido até aqui, em que houve um deslocamento do eixo de tensão do legislativo para o judiciário.

Neste sentido, a atividade de conferir efetividade a norma constitucionais o juiz, por vezes, terá que recorrer a ciências não jurídicas para desvencilhar da reserva da consistência. Assim, nas questões que envolvam prestações matérias, terá ele que tomar cautela para que não extrapole a disponibilidade orçamentária, de forma que o atendimento daquela demanda ocasione o esvaziamento de outras. É neste sentido que surge a reserva do possível.

A ideia de reserva do possível está intimamente relacionada com “custas do direito” (De Lazari, p. 58). O judiciário, dentro do seu exercício jurisdicional constitucional, deve sopesar os custos que aquela decisão despense para a coletividade. Ou seja, trata-se de outro elemento a ser valorado, no sentido de que aquilo que está sendo concedido via judicial deve ser racionalmente viável dentro da realidade orçamentária do estado.

Desta forma, para melhor entendimento da reserva do possível, deve-se primeiro lançar mão de alguns preceitos como forma do melhor entendimento sua incidência.

É a reserva do possível de preceito que tem origem na jurisprudência alemã (SARLET, 2004, p.282-283), no caso *numerus clasusus*, em que foi pleiteada frente a suprema corte Alemão vagas no ensino superior, com fundamento na lei fundamental Alemã de escolha de profissão.

A reserva do possível possui a natureza de um principio, pois visa fazer frente aos outros valores axiomáticos da constituição, de maneira que (sucumba ou prepondere, de acordo com as circunstâncias presentes em cada situação) nunca seja definitivamente afastada.

Outra questão da reserva do possível é que só pode ser alegada pelo ente estatal. Explica-se: o que se pesa aqui é o gasto excessivo do estado com a demanda a partir da decisão jurisdicional, que cause um desequilíbrio da balança orçamentaria, da maneira que cause um prejuízo coletividade em favor do privilégio poucos. Assim, não faz sentido ser alegado pelo particular, não há o interesse público indireto. Trata-se de ônus do estado, não havendo a possibilidade de se inverter o distribui o ônus.

É também um argumento que só pode ser alegado de forma excepcional, isso quer dizer naquelas situações em que realmente ficar demonstrado que a concessão daquela medida importar em sacrifício a coletividade. Essa característica é importante para que não seja usada de maneira indiscriminada pelas entidades que defendem o estado. A repercussão dessa característica é a de que os preceitos devem ser interpretados de forma a conceder a demanda social, e apenas quando comprovada o prejuízo a cláusula deva incidir.

Nesse sentido entende Ministro Celso de Melo, no julgamento da ADPF N° 45:

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.

Este princípio possui uma dimensão tríplice, que abrange a disponibilidade de recursos (questão orçamentária); a perspectiva de um titular de

direito e prestações sociais e a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos.

Neste sentido, que Marcos Masseli Gouvêa (p.13-14) desdobra a noção de reserva do possível em “fática” e “jurídica”, aquela relativa ao “contingente financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais” e está a noção de que “recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo” : Neste contexto , quando há extrapolação orçamentaria por parte judiciário, haveria violação dos principio da separação dos três poderes, dentro da atribuição do executivo e legislativo de estabelecer a divisão orçamentária.

Tratam-se esses dos principais critérios definidores para a aplicação da reserva do possível.

No mais, a questão da reserva do possível envolverá o balanço entre a influência que a decisão judicial atingira e a questão do orçamento público.

Sobre a reserva do possível, assim discorre o ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF N° 45:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

O cálculo do custo dessa decisão é questão técnica especializada que não é abrangida pelos estudos desse trabalho possui cunho eminentemente hermenêutico.

Assim, algumas noções básicas devem ser lançadas. Portanto, deve se ter a noção do orçamento que se destina ao judiciário, de forma que não prejudique o orçamento de outras áreas, de maneira que cause um desequilíbrio financeiro que prejudique uma maioria em favor de alguns poucos.

Por fim, fica aqui destacada a reserva do possível como importante fator a ser ponderado, quando da decisão judicial, dentre vários elementos que servem de critério pra balizar uma decisão judicial.

## **13 DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL**

Essa nova concepção de constitucionalismo surgida no pós-guerra implicou em uma quebra paradigmática no direito em si, marcada, principalmente, pela consagração de cartas constitucionais com grande densidade de direitos em que houve tanto um aumento no número de direitos prestigiados pela carta magna assim como uma expansão no âmbito de proteção dos direitos já previstos nestas cartas.

Desta forma, importa relatar a forma com que o judiciário reagiu e se moldou diante desse novo cenário.

Neste sentido, importante lembrar que, como se trata de atribuição clássica da suprema corte guardar a constituição, a ascensão desse novo constitucionalismo, que tem como principal característica a primazia pelos direitos fundamentais e a otimização destes mesmos direitos, acarretou em uma expansão do poder judiciário, em especial do STF, que, dentro desse contexto, desempenha um papel contramajoritário, se tratando, tal característica, de um importante fator para o equilíbrio dos poderes.

Neste novo cenário, a atividade da suprema corte, no exercício da jurisdição constitucional, assumiu duas formas mais conhecida: a judicialização e o ativismo judicial.

Assim, este tópico analisará essa forma de atuação do judiciário, fazendo necessária distinção entre esses dois tópicos.

### **13.1. Judicialização da política**

Na atual conjuntura, é inegável dizer que o Brasil vem passando por um processo de judicialização da política. Considerando as diferentes concepções que esse fenômeno assume com cada autor, importa dizer que tem sua origem ligada a interação entre três elementos: Direito, política e judiciário.

No contexto dos estados de direitos modernos, o constitucionalismo pode ser definido como a forma como se dá a dinâmica entre política e direito, mais especificadamente, é a forma com o direito se rearranjou de maneira a oferecer limites ao poder político (ou seja, a constituição).

Assim nas palavras de Muller (2003, p. 11 *apud* p. Tassinari p.17) “direito constitucional é o direito do político”. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o “decisionismo”. Em seu texto, Muller demonstra que a imbricação entre política e direito não implica necessariamente em decisionismo, ou seja, que o elemento político, no contexto da jurisdição constitucional e interagindo com o direito, não é elemento catalisador da discricionariedade, servindo este (o elemento político) como critério de distinção entre as noções de ativismo e judicialização.

Não se pode olvidar que a questão política pode vir a caracterizar influência negativa ao direito. Neste panorama, a política deixa de ser mola propulsora para o conteúdo constitucional, para ser espécie de argumento corretivo do direito, em que normalmente ocorre por via judicial, em que Lênio Luis Streck denomina de “predador externo da autonomia do Direito”.

Já Luis Roberto Barroso (2009, p. 13-14) entende que há uma *autonomia relativa* da relação entre política e direito. Assim se tratando política de um termo que abrange vários sentidos, esses dois conceitos de convergiram ou divergiram em determinadas situações, de acordo com o sentido que o política assume em cada caso.

Assim, direito é política quando “(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”, assim como não é política quando “a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder”

O autor entende a judicialização como o fato do poder judiciário estar decidindo sobre questões de grande repercussão política e social na ausência das tradicionais instituições políticas: executivo (Presidente da República, seus ministros e a administração pública em geral) e legislativo (Congresso Nacional). Neste diapasão, judicialização implica em uma transferência de poder para os tribunais e juízes, acarretando em uma destacada mudança na argumentação, linguagem e participação da sociedade.

Em seu texto, o autor deixa explícito a mudança paradigmática promovida pelo advento da carta constitucional de 1988, que dentre os inúmeros

fatores levantados pelo autor (redemocratização, força normativa da constituição, constitucionalização abrangente, controle de constitucionalidade), resultou no deslocamento do polo de tensão do legislativo para o Judiciário.

Outro ilustre autor que discorre sobre o assunto é Luiz Werneck Vianna (1999, p. 22), para quem a judicialização se trata do que denomina de *publicização* da esfera privada. Explica autor que a remodelagem do estado por conta desse movimento neoconstitucionalista estabelece uma nova relação dos poderes, em que o judiciário deixa de ser alheio e impotente diante das mudanças sociais.

Portanto, conclui-se que a judicialização da política foi um efeito natural da constituição provida em 1988. Trata-se, a fundo, de uma questão social. Assim, o evento do constitucionalismo pós-guerra se constitui em um movimento paradigmático que tem como pretensão se irradiar para todo o sistema jurídico e sociedade. Logo, diante da ineficiência do estado em cumprir o que estabelecido na carta magna, houve a inevitável conversão da demanda social em litigiosidade, que levou ao inevitável desaguamento no judiciário.

### **13.2 O Ativismo Judicial**

Outro fenômeno que surgiu dentro deste cenário de constitucionalismo é o ativismo judicial. Tal conceito tem origem na jurisprudência dos Estados Unidos, aonde o tema da expansão da jurisdição constitucional vem a muito sendo discutida. Destaca – se que, ativismo, em sua origem, tinha um caráter eminentemente conservador e reacionário que muito se distingue da forma assumida posteriormente.

Assim, se tratando de um tema complexo e das variados conceituações, conforme autor e época, para melhor entendimento do fenômeno, aqui será lançado alguns parâmetros para abordagem: a) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização; b) com resultado do poder de revisar (entende-se como controle de constitucionalidade) c) como aumento da capacidade de gerenciamento do legislador; d) como abertura a um poder de discricionariedade do juiz.

Na prática o que se vê é que, na maioria das vezes, essas abordagens se misturam e se complementam, de forma raramente assumem uma conceituação única.

No entendimento de Luís Roberto Barroso (2009, p. 06) o ativismo se consubstancia como uma postura proativa da suprema corte de interpretar a constituição, como uma forma de expandir seu sentido e alcance. Logo, o ativismo surge quando há desencontro entre a classe política e a sociedade civil, em que não há a concretização dos direitos fundamentais previstos naquela carta. Conclui que há três condutas que lhe são características: aplicação direta da Constituição, declaração de inconstitucionalidade e imposição de condutas ao Poder Público

Todavia, essa conceituação, dentro da situação atual da jurisdição constitucional, revelou-se demasiadamente genérica, uma vez que se trata de elementos caracterizadores do exercício regular das funções jurisdicionais, diante desse novo contexto, o que impossibilita distinguir os elementos formadores desse fenômeno.

Já Lênio Luiz Streck,( 2011 p. 589) no exercício de distinção entre os dois fenômenos, faz uma forte crítica ao ativismo, assim:

Um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando substitui 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

Assim a crítica do autor ao ativismo judicial é no sentido de que o elemento da vontade está inerente a esta atividade. Neste sentido vontade significa arbitrariedade, o que está em total desacordo com a concepção de jurisdição constitucional que foi tratada até aqui. Neste panorama, ativismo judicial implica em um judiciário extrapolando suas funções.

Assim, esse elemento da vontade (arbitrariedade) imbuída na decisão jurisdicional pode ser vista e praticamente todas as concepções de ativismo judicial. Como exemplo, pode citar Hans Kelsen e Antoine Garapon.

Neste sentido, tem que se retomar a Hans Kelsen (1999, p. 249), um dos precursores do positivismo. O autor, na tentativa de construir uma ciência do

direito que lhe conferira autonomia, desenvolveu uma teoria (principalmente na obra teoria pura do direito) em que a vontade esta inerente a aplicação do direito, assim:

Através deste *ato de vontade* se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica

Assim, embora não fosse enfoque do autor naquele momento, teorizar sobre decisão judicial, seu pensamento teve grande repercussão no mundo jurídico, de maneira que invariavelmente contribuiu para reforçar a conexão de vontade e decisão jurídica que indubitavelmente redundou no ativismo judicial.

No mesmo sentido, Antoine Garapon (1998, p. 53 *apud* TASSINARI p. 35) revela em sua obra o elemento da vontade contamina as decisões do juiz, no contexto do ativismo judicial. Neste íterim, destaca-se também que os pensamentos do autor é uma grande referência no mundo jurídico no que se relaciona ao movimento positivista.

Assim, em suas obras, o autor (1998, p. 53 *apud* TASSINARI p. 35) em vários momentos deixa evidente a conexão entre vontade e a atividade jurisdicional, quando relacionado a ativismo judicial, conforme explicito no trecho abaixo:

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.

Assim, em um segundo momento (Garapon,1998, p. 54, *apud* Tassinari p. 35), ao discorre sobre ativismo, relata que:

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

Portanto, em seu texto autor deixa evidente que elementos como escolha, desejos e poder se conjugam em volta do que se denomina por ativismo judicial. Para além, o autor tenta resgatar as premissas de Kelsen no que diz

respeito a aplicação do direito pelo órgão judiciário, que muito remete ao ativismo judicial.

Portanto, a prática do ativismo social muito se distânciava do modelo de Estado de Direito discutido até aqui, isso porque uma atividade judiciária pautada no decisionismo retira a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional (de exercer seu papel contramajoritário), que encontra substrato exatamente no texto maior. Dito isto, fica aqui demonstrado que o exercício do ativismo judicial está inexoravelmente ligado à vontade, discricionariedade e subjetividade, se tratando estes os elementos que permitem a diferenciação da judicialização.

## 14 CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO E DIFUSO

Com promulgação da constituição de 1988 e estabelecimento do estado democrático de direito o que se viu foi a promoção de uma constituição com exaustivo rol de direitos, com primazia pelos direitos fundamentais, direitos humanos, que formam o núcleo essencial de todo o sistema jurídico para o qual irradia. Essa constituição estabelece um novo Estado de Direito que rompe com os antigos regimes autoritários.

Essa nova constituição possui características importantes que a adequam com realidade desse novo constitucionalismo. Desta monta, destaca-se com características como: o núcleo essencial da constituição, formada por um extenso rol de direitos, que ao mesmo tempo em que estabelece norma compromissarias para o futuro, forma uma espécie clausula de não retrocesso contra eventuais ameaças a esse novo estado, uma constituição escrita rígida e inflexível, o que significa uma um processo mais solene para sua alteração, uma constituição dotada de força normativa, principalmente. Tais características conduzem inevitavelmente a noção de superioridade constitucional.

Neste cenário, a suprema corte, como principal agente da jurisdição constitucional, emerge. Isso porque dentro da atribuição clássica da suprema corte de guarda da constituição, essa revolução constitucional ocasionou um inevitável redimensionamento da corte, resultando em uma mudança nas atribuições e modo de atuar deste órgão.

Nesse sentido Lênio Luiz Streck (2002, p. 101) argumenta que:

A soberania do parlamento cedeu espaço a soberania da constituição. O respeito pela separação dos poderes e submissão dos juízes a lei suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos em face do estado.

E continua (2002, p. 101 e 102):

Esse reconhecimento do papel da justiça constitucional torna indispensável reconhecer a necessidade de intervenção de um poder ( no caso o judiciário ou os tribunais constitucionais não pertencentes – *strictu censo*- ao judiciário) mediante ao instrumento de controle de constitucionalidade.

Tal mudança tem gerado muitas questões, que pode ser atribuída tanto a uma falta de assimilação desta nova realidade constitucional pelos juristas (com contexto de constitucionalismo estudado aqui), quanto a uma insegurança natural de

um período de transição. Assim, no presente tópico serão abordadas algumas mudanças.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade comporta os dois modelos, tanto o difuso quanto o concentrado, e também as espécies de inconstitucionalidade por ação e omissão (ou seja, tanto negativo quanto positivo).

Destarte, a controle difuso é aquele que teve sua origem nos Estados Unidos, e que tem por característica: a) a competência para exercer o controle de constitucionalidade é de qualquer juiz, independente de competência b). o questionamento sobre a constitucionalidade da norma se dá de maneira incidental e não principal c) os efeitos da sentença se dá em relação às partes do processo.

Já em relação ao controle difuso, se tem como principais características: a) A competência para exercer o controle é exclusiva da suprema corte. b) o questionamento sobre a constitucionalidade é matéria principal do processo. c). Os efeitos da sentença são erga omnes.

Neste sentido, o que se pode ser observado no nosso sistema é uma valorização do controle concentrado em detrimento do difuso, por opção do constituinte originário, que conferiu a esse sistema uma maior celeridade, presteza e ampla legitimação.

Além disso, como instrumentos que visam dar eficácia à constituição, pode – se dar destaque para o mandado de injunção e ação direta por omissão, segundo visão de Lênio Luis Streck (2002. p. 105), para quem, tais institutos foram subaproveitados pelos aplicadores do direito.

Destaca-se também o aumento do rol de legitimados para propor uma ação via controle concentrado. Antes da promulgação da carta de 1988, era legitimado apenas o procurador geral da república, em oposição do que é válido hoje, que autoriza também ao Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, conforme artigo 103 da Constituição Federal.

Nesse sentido, são ações do controle abstrato de normas: A *Ação Direta de Inconstitucionalidade*: trata-se esse do meio mais utilizado controle de constitucionalidade no Brasil, regulamentado pela Lei nº 9.868/99. O parâmetro da

ADI é a constituição, que visa a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Caso procedente, possui efeito erga omnes (isso quer dizer contra todas as pessoas, órgãos legislativo e executivo e demais órgãos do judiciário), *ex tunc* e vinculante. Com a ADI, as leis em tese e os atos e normativos (MEIRELLES, 2005, p. 714.) “[...] sujeitam - se ao controle judicial preventivo antes mesmo que gerem ou propiciem atividade concreta e específica da Administração” Devido ao fato da ADI possuir efeito *ex tunc* (ou seja, retroage), a lei permite aplicação técnica de modulação dos efeitos, como forma de mitigar os efeitos danosos da decisão.

*A Ação Declaratória de Constitucionalidade:* A ADC, como também é conhecida no nosso sistema, foi introduzida no nosso ordenamento pela emenda constitucional nº 3/93, tem por função sanar dúvidas ou incertezas sobre controvérsias de determinada lei. Em relação a ADI, ressalta – se o caráter ambivalente que esta norma possui com aquela. Também é necessária a relevante controvérsia jurídica ou judicial sobre a lei em questão. Em relação aos efeitos, são os mesmo da ADI. Também é regulamentada pela lei 9.868/99, complementada pelo regimento interno do tribunal (arts. 169 a 178).

*Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF):* prevista no § 1o do art. 102 da Carta de 1988, pela visão Hely Lopes Meirelles( 2005, p. 715.), é: “[...] a via constitucional destinada a arguir o descumprimento de preceito fundamental, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, inclusive os anteriores à Constituição, como prevê a Lei no 9.882, de 3.12.99, que dispõe sobre o processo e julgamento dessas arguição”

A novidade em relação a essa ação é que a norma objeto alcança qualquer ato do poder público. Desta forma, essa ação vem a suprir o espaço que não era alcançado pelo controle difuso: as leis municipais e os atos anteriores a constituição. Essa escolha também sinaliza a preferência do legislador constituinte concedeu ao controle concentrado. Outro fato relevante em relação a ADPF e seu caráter supletivo e relação a demais ações. Assim como ADC, aqui também é necessário a relevante controvérsia jurídica ou judicial sobre a lei ou ato normativo.

*Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão:* A constituição atribui um particular significado a inconstitucionalidade por omissão, de maneira que acrescentou o parágrafo 2º ao artigo 102, se tratando de ação diametralmente

oposta a tradição ADI. Essa ação tem por objetivo determinar aos poderes a realização de direitos imprescindíveis para se vivenciar o texto constitucional.

É a medida adequada para a aferição de inconstitucionalidade da omissão dos órgãos competentes para a concretização de determinada norma constitucional, sejam dos órgãos da esfera federal, estadual, da atividade legislativo ou executivo.

A ADO tem por objeto tanto a omissão parcial (execução parcial do dever constitucional) quanto a absoluta (inércia total do legislador que impede de usufruir direito).

Tinha-se o entendimento de que, após declara a inconstitucionalidade, cabia ao poder judiciário unicamente informar o legislativo para que tomasse as providências cabíveis, no prazo de 30 dias.

Todavia, segundo entendimento recente, o plenário do tribunal entendeu que no caso de omissão prolongada, o judiciário tem faculdade de tomar as providências necessárias de regular matéria omissa até que o legislativo tome a medida necessária para preencher a lacuna.

O Tribunal também já considerou a possibilidade de estabelecer a prazo para o legislador atuar de forma tomar medida cabível, diante das consequências desastrosas que podem resultar da omissão.

Nota-se o esforço do legislador constituinte originário, com a intenção conferir normatividade a constituição, de realização de certos valores aos grupos sociais, conferiu especial atenção a ADO.

O Brasil também adotou o sistema difuso de constitucionalidade, conforme indicado acima, inspirado no modelo norte americano. Desta maneira, o sistema brasileiro prevê uma série de *writs*, que objetivam a proteção dos direitos fundamentais. Destes, podem ser citados mandado de segurança, uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro, o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular.

Destes, especial atenção tem que ser dada ao mandado de injunção, que segundo nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2005. p. 713).

o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5o, LXXI).

Neste sentido, fica explícito acima que é legitimado a promover a ação todo o titular de um direito subjetivo consagrado em norma constitucional e que o exercício esteja inviabilizado por ausência de norma regulamentadora. Assim, deve estar clara a conexão entre a norma regulamentadora e o não exercício do direito pelo réu. Ou seja, tal instrumento constitucional corrobora a ideia de força normativa da constituição.

Destaca-se também que é plenamente possível a impetração do mandado de injunção coletivo.

Outro ponto importante a destacar é que a suprema corte promoveu uma importante mudança no entendimento deste instrumento no julgamento mandado de Injunção no 721-DF. Neste julgamento o ministro relator Marco Aurélio Mello adotou a chamada corrente concretista, para a qual não basta apenas a comunicação do órgão competente da ausência de regulamentação, sendo necessário que realmente tome uma medida concreta de forma que viabilize ao cidadão exercer seus direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, afastando a inércia do legislativo. Fica então assente o importante papel que este instrumento cumpre, no âmbito de efetivação das normas constitucionais.

Existem outros instrumentos que são derivados do sistema de convivência entre o controle difuso e concentrado: O recurso extraordinário, a sumula vinculante e a reclamação.

O recurso extraordinário tem por objetivo averiguar eventual afronta a constituição promovida por decisão judicial julgada em última e única instância. Com a reforma constitucional promovida pela emenda nº 45/ 2004, que acrescentou o art. 102, § 3º, foi instituído a sistemática do recurso extraordinário a técnica da repercussão geral, com o fim de solucionar o problema do excesso desses recursos. A partir de então passa a ser admitido apenas aqueles recursos extraordinário que sejam relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa ou que decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

A súmula vinculante foi instituída pela emenda nº 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A. Neste sentido a súmula vinculante é aprovada pelo Supremo Tribunal Federal por uma votação com um quórum igual ou superior maioria de dois terços dos votos (oito votos), havendo de incidir sobre matéria

constitucional que tenha sido objeto de decisões reiteradas do Tribunal. Respeitados tais requisitos, deve a sumula ser respeitadas pelos outros órgãos devido ao seu efeito vinculante. Caso seja descumprida caberá reclamação frente ao Supremo.

Esse instituto tem sido fonte forte de crítica por parte da doutrina, que entende que a sumula vinculante engessa o processo hermenêutico e também e promove injustiças, pois deixa de analisar as peculiaridades de casos específicos.

A constituição de 1988 também prevê a reclamação, como meio devido de promover preservar o Supremo Tribunal Federal e a autoridade de suas decisões.

Portanto fica aqui explicado que a carta magna esta municiada de uma ampla gama de instrumentos que visam a guarda e efetivação das normas constitucionais. Neste sentido, se destaque para o mandado de injunção e ação e a ação de inconstitucionalidade de omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, como instrumentos trazidos nessa nova sistema e que refletem espírito de constitucionalismo trazido pela carta de 1988. Destaca-se também que o fato da constituição ter primado pelo sistema abstrato de controle de constitucionalidade, que é indubitavelmente mais célere. Tal característica é razão de crítica pelo jurista Sérgio Moro (2004, p. 247), que entende que o sistema difuso é menos sujeito a erros e mais democrático, pois permite uma maior participação de interpretes.

## 15 CONCLUSÃO

A nossa Constituição Federal de 1988 promoveu uma grande mudança paradigmática no direito brasileiro. Foi ela responsável por restabelecer o estado democrático de direito e romper com o antigo regime autoritário. Até por conta disso, o que se viu foi uma especial preocupação do constituinte originário em prestigiar um amplo rol de direitos que formam o núcleo essencial da constituição assim como inúmeros mecanismos constitucionais que servem como garantia contra eventuais atos que impliquem em retrocesso a esses direitos conquistados.

Dessa forma, verifica-se que essa expansão constitucional pela qual passa o Brasil é na verdade também um reflexo de um movimento constitucionalização que atinge maioria das democracias no ocidente. Esse movimento tem origem em uma série de fatores variados que se conjugaram para formar esse fenômeno. Assim, pode ser citado fatores de ordem histórica, como é o caso do processo de redemocratização no pós-guerra e rompimento com regimes autoritários, que levou a consagração de um grande número de direitos; de ordem teórica, a atribuição de força normativa a constituição, o desenvolvimento de uma nova hermenêutica; e de ordem filosófica, a quebra do paradigma formalista do positivismo.

Esses fatores encontram-se devidamente abarcados pela constituição de 1988, principalmente relaciona a formação de um núcleo essencial que abrange uma variada gama de direitos que irradia para todo o sistema e a força normativa que foi atribuída as normas constitucionais.

Desta forma, carta de 1988 revela um caráter compromissário dirigente que tem por objetivo o cumprimento das promessas contidas naquela, conforme vontade do constituinte originário. Assim, não é mais possível uma postura passiva do estado perante imperatividade que se atribui as normas constitucionais.

Todavia, não há como negar que o poder legislativo passa por uma crise, de forma que seu desempenho tem sido ineficaz no cumprimento de sua tarefa original de regulamentar a normas constitucionais. Nesse contexto, da necessidade de efetivação das normas constitucionais, por conta do seu caráter vinculativo, há um deslocamento do eixo de tensão do legislativo para o judiciário.

Dessa forma, a necessidade de uma resposta do estado diante da população para o cumprimento das promessas contidas na constituição, a suprema

corte emerge com órgão competente para desempenho dessa função. Ora, cabe a corte constitucional a guarda da constituição que dentro desse contexto constitucional desenvolvido até aqui passa ser de promoção dos valores contidos naquela carta.

Assim, esse papel ativo desempenhado pela corte constitucional muitas vezes implica em uma atividade criadora do direito, o que tem gerado grande controvérsia na doutrina.

Desta forma, várias são as teses que tentam explicar a atuação da jurisdição constitucional nessa nova realidade constitucional promoção dos valores constitucionais, destas duas se destacam. A teoria procedimentalista Habermas, que entende que cabe a jurisdição constitucional apenas proteger o processo de criação democrática, criado em um ambiente democrático para que os cidadãos possam deliberar, refutando qualquer hipótese de intervencionismo.

Todavia essa teoria claramente não coaduna com o modelo de constituição de 1988, de caráter compromissário dirigente. A teoria substancialista de Ronald Dworkin se mostra muito mais adequada a essa nova realidade constitucional, que admite uma postura muito mais atuante do judiciário. Desta forma, o autor formula uma teoria construtivista para guiar as decisões judiciais, tentando promover uma reconciliação ente direito e moral.

Neste sentido, também se destaca a falta de assimilação da comunidade jurídica dessa nova realidade constitucional, que continua praticando a justiça constitucional de acordo com o antigo paradigma positivista, na maioria das vezes.

Assim constatado o caráter compromissário dirigente da carta de 1988 que se alinha com teoria, substancialista de Dworkin, se estabeleceu uma teoria hermenêutica que guia a atividade jurídica dos juízes e que confere legitimidade à atividade judicial.

Assim, conclui –se que a atividade hermenêutica no contexto da carta de 1988 será sempre produtiva, e nunca reprodutiva, o que impede o uso de formulas ou métodos. Da mesma forma o texto constitucional não existe disperso no mundo, de forma texto constitucional exige uma pré – compreensão (um pré-juízo), que neste contexto, remete a própria constituição de 1988, de forma que a atividade interpretativa redundaria em uma fusão de horizontes para si mesmo. Outra questão se relaciona a hermenêutica é que costuma se dividir a atividade interpretativa, o

que cai por terra na nova sistemática do novo constitucionalismo, em que a atividade interpretativa recai sobre um único momento: *a applicatio*.

Neste mesmo sentido se desenvolveu uma teoria das decisões que visa erradicar a discricionariedade, por meio de aplicação de princípios, ao mesmo tempo em que confere os devidos esclarecimentos a população.

Após isso se fez alguns esclarecimentos acerca da legitimidade do judiciário. Assim ficou demonstrado que não existe ilegitimidade na atuação do judiciário frente aos outros poderes, isso porque foi vontade do constituinte originário estabelecer esse poder ao supremo de exercer o papel contramajoritário. Assim, dentro de um cenário democrático é importante que haja um poder que exerça a função de proteção normas constitucionais frente a vontade da maioria.

Da mesma forma se esclareceu acerca da separação dos poderes, ou melhor, da nova dinâmica estabelecida entre eles, em que houve um agigantamento do judiciário de forma a fazer frente aos outros dois poderes. Destarte, não cabe mais a suprema corte o papel de apenas dizer o direito, conforme o antigo paradigma positivista, mas sim efetivar norma constitucional quando da ausência dos outros poderes. Deve-se lembrar que embora feita tal constatação, deve o judiciário respeitar o poder conformador do legislativo.

Neste azo, outro limite que encontra a atuação constitucional da suprema corte é a reserva da consistência e autocontenção judicial. Assim, esse preceito este intimamente ligado à fundamentação. Portanto, quando o aplicador do direito não conseguir motivar adequadamente sua decisão, deve atuar com uma posição de autocontenção judicial. Da mesma forma, lança mão dos conceitos da capacidade institucional e efeitos sistêmicos, aquele referente à capacidade institucional da suprema corte em analisar determinado casos, e este referente aos efeitos imprevisíveis, de forma que em ambos se deve o juiz tomar uma medida de autocontenção.

Da mesma forma a questão da reserva do possível, a qual submete um limite material em relação à atuação jurisdicional na efetivação dos direitos, relativa disponibilidade orçamentaria. Dessa forma não deve a suprema conceder direitos materiais em favor de poucos de forma que inflija prejuízo a uma maioria.

Após estabelecidos parâmetros para a aplicação do direito, foi feita uma necessária distinção entre judicialização e ativismo judicial, esclarecendo o caráter discricionário desta, pratica que deve ser evitada por assumir evidente viés

antidemocrático. Enquanto a judicialização, trata-se este de um fenômeno natural do constitucionalismo estabelecido pela carta de 1988.

Por fim, se se discorreu acerca dos mecanismos que a suprema corte tem a disposição para a guarda e da efetivação constituição, dando destaque para a ação direta e inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Assim fica claro que diante do caráter compromissário dirigente assumido pela constituição de 1988, gerando um novo paradigma constitucional, que o Supremo Tribunal Federal assume uma especial função de dar efetividade as normas constitucionais, diante preceito da força normativa da constituição. Todavia, deve a suprema corte respeitar a princípio da separação dos poderes, conforme definido na constituição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF-QO no 132/DF convertida em ADIN, e recebida juntamente com a ADIn 4.277, por haver correlação temática entre as ações. Ementa: Processo legislativo. Dispõe sobre a constituição da unidade familiar. [...]. Relator Ayres Brito: Brasília, DF, DJ 04/05/2011, acessado em 16/09/2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº45. Partido da Social Democracia Brasileira-PSDB e Presidente da República Federativa do Brasil. Relator: Ministro Celso de Melo. 29 abr. 2004. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em 12/10/2016

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Net. Rio de Janeiro Fev. de 2009, Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>, acessado no dia 14/05/2016.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Net. Rio de Janeiro. Nov. 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/quaestioiuris/article/view/11641> ,acessado dia 12/10/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993.

CAPPELLETTI, Mauro, **Juízes Legisladores**. Trad. De Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre, [s.n.], 1993.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. 3 ed, Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2004.

DE LAZARI, Rafael. **Reserva do Possível e o Mínimo Existencial**, Curitiba, Juruá Editora, 2012

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação e Aplicação do Direito**, 4 Ed., São Paulo, Editora Maujeiros, 2006.

GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Net, Rio de Janeiro, fev.2003 Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2003;1000680397> Acesso em 21/10/ 2016.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo, Mestre Jou,1998

HESSE Konrad. **A força normativa da Constituição**, trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre, [s.n.], 1991.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Vera Barkow.et.al, São Paulo, Martins Fontes, 1993.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo civil**. In: Os Pensadores. 2 ed. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo, Abril Cultural, 1978.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo, Atlas, 2002.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Por uma revisão da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, Ano 9, n.37.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. **Curso de Direito Constitucional**, 10 Ed. São Paulo, Editora Saraiva. 2015.

MONTESQUIEU, **O espírito das Leis**, Tradução de Cristina. 2 ed. Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

PIOVESAN, Flavia C. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas: Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. [s.l.]. Livraria Saraiva. 2011.

TASSINARI Clarissa. **Jurisdição e Ativismo judicial: Limites da Atuação do Judiciário**, Porto Alegre, Livraria do advogado. 2013

WERNECK VIANNA, Luiz. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.