

PEDRO HENRIQUE SALGUEIRO RIBEIRO

**Judicialização da Política no contexto do
Neoconstitucionalismo**

Monografia apresentada como requisito para o
término do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília - UniCeub.

Orientadora: Professora Christine Peter

BRASÍLIA

2012

Faço das palavras de Manoel G. F. Filho as minhas: “O valor deste estudo não pode ser aferido por quem o fez. Ninguém é bom juiz em causa própria. Seus méritos e seus deméritos os doutos saberão sopesar com Justiça. Qualquer que seja esse julgamento, porém, a consciência do autor está em paz consigo mesma. Fez ele o pouco que pôde, com toda a lhanza que foi capaz. Não fugiu aos problemas, não se refugiou nos termos vagos, não se limitou às questões fáceis. Moveu-o sincero amor pelo Direito e pela Democracia. Se o esforço não bastou, consola-o saber que sua obra poderá servir de apoio para os que, podendo mais, hão de fazer melhor.”

(FERREIRA FILHO, *Do Processo Legislativo*, p. 288)

"Já que se há de escrever, que pelo menos não se esmaguem com palavras as entrelinhas. O melhor ainda não foi escrito. O melhor está nas entrelinha "

(Clarisse Lispector)

Dedico aos meus pais todo o esforço depreendido na conclusão deste trabalho, por sempre estarem ao meu lado de maneira única e sempre disporem de todos os meios possíveis ao auxílio e suporte.

Agradeço aos céus as forças me dadas para confeccionar esse trabalho, fruto de anos de empenho e árdua devoção à ciência do Direito; agradeço à família pelo incessante motivação e cobrança; às pessoas (as mais importantes) a quem dedico esse trabalho; e a todos aqueles que colaboraram com o delineamento e aprimoramento do assunto aqui discutido.

RESUMO

O presente trabalho conclui uma análise da influência de criações legais e regulamentares, atribuições do Poder Legislativo, pelos magistrados, integrantes do Poder Judiciário, o que, em princípio, configuraria uma usurpação de poderes, sendo esse o objetivo do estudo. Tem como metodologia expor teoricamente a abrangência significativa que esse cenário assume nos dias atuais, justamente por se fazer como assunto recente e em voga nas discussões acerca do princípio da separação dos poderes, utilizando, para tanto, quadros expositivos e explicativos dos termos essenciais para sua compreensão e posterior reflexão, ou seja, por meio de uma revisão bibliográfica especializada. Para tanto, foi necessário uma explanação das formas de Estado que surgiram ao longo das décadas. Com relação a esse ponto, pôde-se constatar que, apesar do surgimento do Estado de Direito, não houve, em si, uma linear distribuição do poder estatal entre os Poderes. Também, pôde-se concluir que há o surgimento de um novo modelo de Estado, que, em tese, constitui-se sobre os fundamentos da Constituição Federal, que passa a sobrepor-se, efetivamente, sobre todas as outras fontes legais, invadindo todas as esferas sociais, em vias práticas e teóricas. A partir daí, passou-se à demonstração do neoconstitucionalismo como novo paradigma de direito. Com todo o exposto, partiu-se, então, à delimitação conceitual da judicialização, da judicialização da política e do ativismo judicial, já que é esse o centro do que se quer retratar neste trabalho, tendo como bojo o prejuízo do constitucionalismo. Após, o estudo adentra no real problema de criação legislativa pelo Judiciário, dando cabo à possibilidade de ser legítimo o ativismo judicial no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Estado Constitucional de Direito; Neoconstitucionalismo; Judicialização da Política.

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 07 |
| 1. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL..... | 10 |
| 1.1. Dimensões do Estado de Direito | 10 |
| 1.1.1. Histórico Construtualista..... | 10 |
| 1.1.2. Estado Liberal..... | 14 |
| 1.1.3. Estado Social..... | 17 |
| 1.1.4. Estado Democrático..... | 19 |
| 1. 2. Estado Constitucional..... | 22 |
| 2. NEOCONSTITUCIONALISMO..... | 28 |
| 2.1. Considerações Iniciais..... | 28 |
| 2.2. Supremacia da Constituição..... | 32 |
| 2.3. Direitos Fundamentais..... | 37 |
| 2.4. Do Princípio da Separação dos Poderes..... | 43 |
| 3. JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA | 50 |
| 3.1. Considerações Gerais..... | 50 |
| 3.2. Judicialização, Judicialização Política e Ativismo Judicial..... | 56 |
| 3.3. Judicialização das Políticas Públicas..... | 60 |
| 3.4. Legitimidade da Judicialização da Política..... | 63 |
| CONCLUSÃO..... | 69 |
| REFERÊNCIAS..... | 72 |

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é apresentar o ativismo judicial, bem como a judicialização da política como práticas corriqueiras dos tempos atuais, explicando-os e fundamentando suas ocorrências. Para tanto, é necessário investigar se a utilização de concepções teóricas adversas leva a diferentes resultados quanto aos aspectos do Estado de Direito. Isso significa que devem ser investigadas as mitigações da Teoria Geral do Estado, com essencial exposição e descrição dos modelos históricos de Estado. Em apertada síntese, o trabalho propõe, como objeto, a análise teórica do ativismo judicial e da judicialização da política dentro da possibilidade de sua legítima ocorrência, em consonância com a perspectiva do poder estatal.

Para esse fim, como se trata de um objeto teórico, a metodologia escolhida se mostra a mais eficaz, qual seja a revisão bibliográfica, que é capaz de expor o entendimento doutrinário sobre o tema. Buscou-se utilizar alguns estudos de maior relevância para o assunto, com o fito de dar maior amplitude à investigação, bem como para retratar a realidade social.

Para a análise acerca do fenômeno do ativismo judicial e da judicialização da política, é necessária, inicialmente, a exposição do desenvolvimento do poder estatal e de sua estruturação, o que é feito no primeiro capítulo. Assim, são apresentadas as formas de Estado de Direito que foram se formando ao longo das décadas, culminando, por último, no Estado Constitucional. Apresenta-se, então, um novo paradigma de direito, o Neoconstitucionalismo, que vem tomando maiores proporções nos estudos doutrinários e em vias práticas, como se percebe no segundo capítulo do estudo.

Com as alterações do modelo constitucional em constante continuidade, alterações essas teóricas, ideológicas e metodológicas, os Poderes também sofrem modificações, não escapando disso o Poder Judiciário. Questões como a omissão constitucional sobre alguns assuntos, as ponderações de princípios fundamentais constitucionais, a efetivação de políticas públicas já em vigência etc. são situações que exigem do Poder Judiciário uma tomada de decisão, um posicionamento ou uma concretização política, e este não pode abster-se de realiza-los.

O ponto controvertido é que, apesar de tratar sobre a tomada de decisões jurisdicionais pelo Poder Judiciário, com a possibilidade legítima dos magistrados legislarem, o Estado Constitucional sofre prejuízo, colocando em xeque princípios como a separação dos Poderes e a supremacia da Constituição, dogmas constitucionais aceitos desde a Revolução Francesa.

Nessa toada, são imprescindíveis as definições de judicialização, judicialização da política e ativismo judicial, bem como a legitimidade e os limites que os magistrados têm para julgar positivamente determinadas discussões sociais, o que é feito no terceiro capítulo do trabalho.

Sobre esse tema, bastante em voga atualmente, contrapõem-se os argumentos de cientistas políticos e juristas, que acaloram o debate com teses e hipóteses adversas, tomando, cada um, uma posição favorável ou contra, ambas, como já se disse, plausíveis e aceitáveis. Aqui se propõe a exposição do assunto, com breves proposições dos teóricos, que explicitam o caso e tentam resolvê-lo, quer seja por justificativas, quer seja por invenções teóricas.

Assim sendo, trazer à tona teorias de Estado, apresentando o Estado Liberal, Social, Democrático e Constitucional, é necessário, isso segundo o enfoque de doutrinadores renomados no assunto, tanto clássicos como atuais, como Hobbes, Rousseau, Häberle, Alexy, dentre outros.

As possibilidades de ocorrência e legitimidade da judicialização da política é mister na avaliação dos argumentos, com o esclarecimento de conceitos e concepções imprescindíveis para o entendimento do assunto, invocando ao trabalho o entendimento daqueles que debatem o assunto incansavelmente, como Ronald Dworkin, Werneck Vianna, Rogério Arantes, Matthew Taylor, Meneghetti e outros.

Esses aspectos demonstram a complexidade do tema, exigindo esclarecimentos básicos, para que se possa, dessa forma, ter início a reflexão sobre o assunto, com o estímulo a buscas de teses plausíveis, quiçá de soluções.

Em suma, o que se pretende é investigar a judicialização da política e o ativismo judicial, enfatizando, para isso, o processo de formação do Estado, em seu contexto histórico. Portanto, o primeiro capítulo elucida acerca do desenvolvimento do Estado de Direito em sua forma liberal, social e democrática culminado no Estado Constitucional e a nova forma de estudo do Direito Constitucional, qual seja o neoconstitucionalismo.

Destarte, procura-se esclarecer quando, como e em que medida há legitimidade para o advento da judicialização política, se é que existe legitimidade para que ocorra, já que há controvérsias sobre a questão.

Por essa razão o tema se faz atraente para o leitor, que deve lê-lo para entender mais sobre essa matéria, não analisada o bastante no seio acadêmico e praticamente desconhecida no seio popular. Com isso, enfim, poderá também ele posicionar-se sobre a legitimidade da judicialização da política.

1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1 DIMENSÕES DO ESTADO DE DIREITO

1.1.1 HISTÓRICO CONTRATUALISTA

O homem tem como cerne de sua própria existência a imperiosidade de convívio com o outro, sendo difícil a percepção de um indivíduo aparte da sociedade. Não que essa sociedade seja vista sob as lentes das conceituações contemporâneas, como uma sociedade emanante de normas prepostas ou que geram as próprias normas. Já Aristóteles dizia ser o homem um animal político, indissociável de relações coletivas, cujo trato com outros indivíduos é característica intrínseca ao seu existir, em qualquer estado que se encontre, quer num contexto natural, quer num contexto positivado.¹

Ora, a positivação de normas oriundas de fontes naturais do direito já implica na preconcepção de que houve, em algum momento, ou ainda permanece, o contato sociável do homem. O que muda é apenas a posição da ótica primária que se dá para essas relações humanas, o modo de enxergar a origem da relação (em qual momento ela surge) e o tipo de interação, ressaltando interesses individuais e vontades autônomas.²

Em um primeiro entendimento, o foco se dá sobre os mitos, em que o homem inusitadamente constata a presença de deuses personificados ou apenas imaginados, temendo sua força e brandindo em seu nome, já que ninguém pode contra ele. Também por isso, houve a perda de espaço individual, cedendo o homem conquistas próprias a terceiros (sendo estes divinos ou não). O problema nesse ponto é a tendência animista que o homem tem ao perceber regularidades naturais.³

¹ Aristóteles. A Política. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora Escala, sem ano.

² COSTA, Alexandre Araújo. Introdução Crítica ao Direito. Texto em construção. 2008. p. 32. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/monografias/introducao-critica-ao-direito/direito-e-liberdade/8-direito-e-liberdade->>. Acesso em 09 jun. 2011.

³ COSTA, Alexandre Araújo. Introdução Crítica ao Direito. Texto em construção. 2008. p. 32. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/monografias/introducao-critica-ao-direito/direito-e-liberdade/8-direito-e-liberdade->>. Acesso em 09 jun. 2011.

Inferir vontades às regularidades que a natureza apresenta (nessa questão inclui-se o homem como elemento partícipe da natureza) não significa que há intencionalidade para a realização dos atos. Não que o homem não aja intencionalmente, mas, de uma forma geral, a criação, adoração e respeito a deuses e, conseqüentemente, normas contextualizadas, influenciaram de maneira significativa no modo de agir e de se relacionar dos homens. Pode-se dizer que o homem era conseqüência das vontades divinas, ficando à dependência de seus desejos e anseios.⁴

Já assinala Carleton Kemp Allen, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que “nos séculos XVI e XVII (ainda) requeria considerável audácia da parte de qualquer jurista o negar que a última e suprema autoridade cabe a uma lei mais alta do que qualquer comando feito pelo homem – aos eternos mandamentos da justiça natural, da razão ou equidade; ou, em seu aspecto teológico, à lei de Deus”.⁵

Já em um segundo momento, o foco muda de direção, sendo o homem o epicentro, realizador de seus próprios méritos e, por isso, merecedor deles. Nasce, assim, a visão de propriedade privada e a noção de liberdades individuais, que devem ao homem aquilo que ele conquista ao longo de sua vida. Obviamente, pela compreensão ainda arcaica, havia limites àquilo que era devido ao homem no âmbito privado, mesmo sendo ele aquele que conseguia os bens. Faz jus dizer que não só o âmbito privado foi contemplado, mas os direitos naturais também.⁶

O homem possui uma vontade não intencional de se relacionar com o outro, é o que caracteriza o já mencionado animal político de Aristóteles. Isso significa que mesmo antes de saber o que está fazendo, antes mesmo de normas regularem seus atos ou costumes ditarem o seu modo de agir, o homem já tende a se coletivizar, fazendo uma comunhão do que quer entenda necessário: intelectualidade, culturas, território, governo etc.⁷

É a partir desse ponto que surge o contratualismo social, que legitima e, porque não dizer, também legaliza a relação que o homem terá com o próprio homem. Dois teóricos

⁴ COSTA, Alexandre Araújo. Introdução Crítica ao Direito. Texto em construção. 2008. p. 34. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/monografias/introducao-critica-ao-direito/direito-e-liberdade/8-direito-e-liberdade->>. Acesso em 09 jun. 2011.

⁵ ALLEN, Carleton Kemp *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 52.

⁶ CHAUI, Marilena. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000, p. 220.

⁷ CHAUI, Marilena. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000, p. 220.

contratualistas dão ênfase ao ensejo da passagem do homem do estado natural para o estado social, pós-contrato, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau.⁸

Ambos ressaltam que o homem vive com algumas convergências naturais, coexistindo atitudes oriundas de instinto e aquelas oriundas de um preceito racional. Poderia dizer-se que o homem age utilizando instintos, entretanto também age utilizando-se de outros meios, valendo-se de finalidade em suas atitudes (com um escopo determinado a ser atingido). Essa dogmática é conhecida como a doutrina jusnaturalista racional (ou racionalismo jusnatural). Nesse momento, também existem direitos que regem o homem natural, delineando as suas necessidades e expondo sua relação com outros indivíduos em estado natural.⁹

Para esclarecimento, utilizar-se-á a conceituação de Aristóteles para direito natural e direito positivo (o direito intentado no estado social). Este como sendo aquele que “tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto” e aquele como tendo a mesma eficácia em toda parte.¹⁰

Ou ainda, a delimitação por Norberto Bobbio do direito natural, sendo “uma doutrina segundo o qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade (...)”.¹¹

Thomas Hobbes configura o estado de natureza como o homem vivendo em guerras, se atacando incessantemente, afim de que possa garantir sua sobrevivência e a satisfação de suas necessidades pessoais. O homem é o lobo do homem - *homo homini lúpus*. Em estado de natureza, o homem cria armas e circunda as terras que ocupa, para tentar se proteger. Todavia, “essas duas atitudes são inúteis, pois sempre haverá alguém mais forte que vencerá o mais fraco e ocupará as terras cercadas. A vida não tem garantias; a posse não tem reconhecimento e, portanto, não existe; a única lei é a força do mais forte, que pode tudo quanto tenha força para conquistar e conservar”.¹²

⁸ CHAUI, Marilena. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000, p. 220.

⁹ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 23, Bogotá: 2002, p. 23.

¹⁰ SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: a. 42, n. 167, jul./set. 2005. p. 214.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 11.

¹² HOBBS, Thomas *Apud* CHAUI, Marilena. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000, p. 220.

Rousseau, por outro lado, preceitua o estado de natureza como anterior àquele dito por Hobbes. Ressalta Rousseau que o homem, em estado de natureza, vive somente com o que a natureza lhes fornece, desconhecendo qualquer tipo de luta. Quando um indivíduo dita sua posse sobre algo, atribuindo a si a propriedade sobre o bem, é que surge o conflito mencionado por Hobbes. Para Rousseau, o estado natural do homem é o estado de sociedade, o que nos remete ao Estado Social em sua gênese.¹³

Rousseau defendia que, depois de firmado o pacto com a sociedade, a república advinha com poder soberano nada pífio (entenda-se perfeito) e sem a necessidade de dar garantias aos súditos, uma vez que “é impossível que o corpo [soberano] queira ofender a todos os seus membros.”¹⁴ Embora o pacto social dê ao corpo político um poder absoluto, não pode o soberano, enquanto parte do contrato, sobrecarregar os súditos. Com isso, para não haver tal sobrecarga, impõe-se limites ao Estado que, ainda segundo Rousseau, não se originam no direito natural (corrente nuclear do Estado liberal), reiterando a supracitada ideia de uma origem no Estado Social.¹⁵

A partir da aceitação de que um governo deve reger as relações humanas, passe-se à consideração de que existe um contrato cujas partes são a sociedade e o Estado. Em Hobbes, o contrato é unilateral, isto é, a sociedade se beneficia com a existência do Estado, que lhe garante, principalmente, segurança. Contudo, ela não pode deixar de ser governada, o que implica em dizer que o Estado (Soberano) auxilia na existência e na convivência dos indivíduos, mas exige deles a cessão de certos direitos, como a limitação aos direitos liberais, que é uma exigência imposta, não facultando a cada um escolher sua opção por participar ou não do contrato. O próprio Soberano não participa do contrato, para que não seja restringido.¹⁶

Já John Locke ressalta que o contrato social é um ato bilateral, em que o indivíduo cederá direitos em prol da sociedade, para que tenha sua organização administrada pelo Estado, podendo escolher não participar do contrato, o que não implicará, em tese, em nenhum efeito, já que a escolha coletiva prepondera sobre a escolha individual. O estado de natureza do homem para Locke é um estado de perfeita liberdade e igualdade, governado por

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala. p. 15-17.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Apud* BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 09.

¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Apud* BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 09.

¹⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 131.

uma lei de natureza que pressupõe o direito à vida e os bens necessários para sua conservação. O diferencial da teoria filosófica de Locke é que para ele a propriedade é um direito natural.¹⁷

Tanto a percepção de Rousseau, quanto a de Hobbes acerca do contrato social, ainda em conjunto com o entendimento de Locke sobre o mesmo assunto, possibilitou, no final século XVIII e início do século XIX, que os direitos de liberdade fossem incorporados na codificação moderna, na chamada primeira geração dos direitos fundamentais. O direito à vida e o direito à liberdade, junto ao direito à propriedade, vistos como direitos naturais, dão propulsão para a ocorrência de uma quebra histórica, a Revolução Francesa, dando ensejo a um novo modelo de Estado, o liberal.¹⁸

1.1.2 O ESTADO LIBERAL

O Estado Liberal se mostra com a ascendente burguesia em busca de espaço na sociedade da época, que dava destaque à aristocracia e às realezas, classes sociais que já não detinham tantas propriedades quanto a burguesia.¹⁹

Desse modo, a doutrina jusnaturalista racional e a doutrina contratualista são consideradas formas inclusivas de reconhecimento do homem, de maneira universal. O primeiro postulando que “todos os seres humanos a partir de sua própria natureza têm um direito natural que se origina de sua racionalidade enquanto característica comum a todos os homens e que esses direitos devem ser reconhecidos pelo poder político através do direito positivo”. Já o último “sustenta que as normas jurídicas e as instituições políticas não podem conceber-se como produto de arbítrio dos governantes, senão como resultado de consenso ou vontade popular”. Por isso, essas doutrinas estão presentes na formação histórica dos direitos humanos.²⁰

Da origem da relação entre os homens, se constrói a ideia daquilo que ele possui inerente a sua essência, como sustentação à sobrevivência e como fio condutor de sua existência. A exposição lúcida de direitos humanos pré-existent e a atração de novos

¹⁷ LOCKE, John. *Apud* CHAUÍ, Marilena. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000, p. 222

¹⁸ CHAUÍ, Marilena. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000, p. 222

¹⁹ CHAUÍ, Marilena. Filosofia. Ed. Ática, São Paulo, 2000, p. 222

²⁰ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. *Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, n. 23, Bogotá: 2002, p. 23.

direitos, necessários, conforme as mudanças sociais ao longo do tempo, consolidam o que hoje gira em torno dos direitos fundamentais, com princípios e garantias que resguardam toda essa construção histórica.²¹

Em uma visão mais macro do assunto, percebe-se que a distinção entre um direito natural e um direito positivo é elementar na compreensão da relação entre o Estado e o Direito. Questionamentos sobre a ingerência do Estado no Direito e sobre o Direito no Estado são feitos, tal como: o Estado deve resguardar-se do direito natural, submetendo-se apenas ao direito positivo?; ou como o Estado se submete ao Direito, já que ele mesmo que o produz? Como questiona Enio Moraes da Silva, “não se revela uma incongruência deixar a cargo do Estado produzir as próprias normas que irão controlá-lo?”²²

A racionalização das doutrinas que regem o direito do homem, com observância empírica e investigação histórica, cumpre ao suprimento da necessidade de fundamentação teórica para o reconhecimento de demandas sociais à época. O antecedente remoto dessa racionalização é a Carta do Rei João Sem Terra, de 1215 d.C., quando os citados “direitos dos homens” seriam entendidos, em séculos futuros, como os direitos de liberdade, garantindo o rei, por meio de coação, a proteção da esfera individual de ação e de posse.²³

Conforme aduz Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “a história das ciências se faz, por vezes, em movimentos revolucionários de ruptura”²⁴. O surgimento do Estado Liberal nasce com rupturas revolucionárias (principalmente a Revolução Gloriosa, na Inglaterra em 1689, a Revolução Francesa em 1789 e a Revolução Americana, que gerou a independência dos Estados Unidos em 1776), resultantes do contínuo e progressivo desgaste do poder absoluto do rei. Basicamente se diz, em tese, que indivíduos livres compactuam para uma vinculação social harmônica.²⁵

Todavia, é nítido o caminho contrário que perfaz a doutrina dos direitos do homem e o real acontecimento dos fatos, haja vista que se pressupõe, teoricamente, que o indivíduo seja

²¹ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional. *Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho*, n. 23, Bogotá: 2002, p. 34-35.

²² SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: a. 42, n. 167, jul./set. 2005. p. 214.

²³ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 13.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. p. 06.

²⁵ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 14.

livre inicialmente. Hipótese essa não acatada faticamente, já que as liberdades são conquistadas aos poucos, após pactuarem em razão ao vínculo social. Bobbio ressalta: “em substância, a doutrina, especialmente a doutrina dos direitos naturais, inverte o andamento do curso histórico, colocando no início como fundamento, e, portanto como *prius*, aquilo que é historicamente o resultado, o *posterius*”.²⁶

Tem estreita ligação, por conseguinte, o contrato social (mais especificamente de Locke) e os direitos naturais, por haver os indivíduos se submetidos a um poder maior, de acordo com o consenso entre eles, quer seja por um escopo em comum, quer seja por consistir na melhor forma de convivência. Por se colocarem à gerência de um poder superior por meio de um acordo entre eles mesmos, infere-se que os indivíduos têm direitos que não derivam de um Estado, retirando-se disso que os indivíduos que dão legitimidade ao poder do Estado.²⁷

Todo Estado deve ser percebido como limitado, devendo seus limites serem configurados, tanto o Estado limitado, quanto os limites do Estado. O primeiro diz respeito aos poderes que são atribuídos ao Estado. O último refere-se às funções que incumbem ao Estado. Observa-se que o Estado liberal, primeira doutrina de direito dos homens concebida, compreende ambas as limitações, aos seus poderes e às funções que lhe incumbem. O Estado de Direito aponta justamente para a limitação dos poderes do Estado, enquanto o Estado mínimo aponta para limitação às suas funções. Vale lembrar que não estão presas essas concepções uma à outra, pode-se falar em Estado de Direito que não seja mínimo e um Estado mínimo que não seja de Direito.²⁸

Somente a título de exemplo, cita-se o Estado Social contemporâneo, que não é mínimo, ora que interfere em várias esferas da vida pública e privada, mas é de Direito, uma vez que regula (juridicamente) as limitações dos poderes do Estado. Também o Estado elencado por Hobbes não é de Direito, ora que os poderes são concentrados em um só, o Soberano, mas é mínimo. Os opostos são feitos por: Estado mínimo *versus* Estado máximo; Estado de Direito *versus* Estado absoluto.²⁹

²⁶ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 14.

²⁷ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 15.

²⁸ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 17.

²⁹ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 19.

Compete definir o Estado quanto ao seu aparecimento, que tem sua origem controversa segundo os teóricos. Dalmo de Abreu Dallari classifica o surgimento do Estado em três teorias: a primeira comenta que o Estado sempre existiu, haja vista que a sociedade também sempre existiu e, como sendo uma organização social, teria poderes para administrá-la; a teoria seguinte diz que “a sociedade humana teria inicialmente existido sem o Estado, tendo este sido constituído gradual e localmente para atender as necessidades ou as conveniências dos grupos sociais”; a última teoria fala que o Estado só existe quando detém características específicas, tais como a prática da soberania e conceito histórico concreto.³⁰

Por certo, a ausência de um ente estatal, deixando cada um a sua própria sorte, corroborou com a noção de vagueza e falta de validade ao Estado Liberal, já que ele não correspondia às expectativas emanadas de todos os indivíduos, uma vez que havia abuso às liberdades individuais (notoriedade clássica se dá à burguesia que subjugava classes inteiras), o que concretizava a ausência de respostas às demandas sociais à época.³¹

1.1.3 O ESTADO SOCIAL

O jargão atribuído ao Estado Liberal *laissez faire laissez passez* (deixai fazer e deixai passar) não mais perfazia ao anseio que a sociedade demandava. As rápidas e intensas transformações sociais, consequências de um conjunto de fatores, como: a Revolução Industrial, que gerou aumento quantitativo do proletariado, afetando diretamente os setores urbanos, previdenciário, condições de trabalho etc.; a crise do liberalismo econômico, que acabou por exigir um intervencionismo estatal no âmbito econômico; a Segunda Guerra Mundial, que impôs ao Estado a assunção de um papel controlador de recursos sociais, dentre outros fatores, obrigaram o Estado a agir em um campo que o formalismo liberal não alcançava.³²

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Apud* SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Revista de Informação legislativa. Brasília: a. 42 n. 167 jul./set. 2005. p. 216.

³¹ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 17

³² MARIANI, Fábio. Análise sobre Defensoria Pública e Justiça, em todo o seu alcance: jurídico, social, político, e econômico. 2008. Disponível em: <<http://www.litoralmania.com.br/colunas.php?id=796>>. Acesso em: 20 set. 2011.

Foi nesse ponto que o Estado foi impelido a intervir na vida privada das pessoas, sobremaneira tal a necessidade de resguardo que um indivíduo sozinho, ou inserido em algum grupo pequeno, aclamava frente às imposições das liberdades que um e outro expeliam. Forma-se, assim, o Estado Social. Com a evolução das teorias que abarcam o Estado, se chegou à atual inserção de um modelo democrático no Estado de Direito como símbolo dos ideais sociais fundamentados, essencialmente, no princípio da igualdade. O grande paradoxo do Estado Social, em sua origem, era conciliar a liberdade, já conquistada e em processo de formação e expansão, com a igualdade que a sociedade, principalmente a burguesia, requeria.³³

A relação entre Estado Social e Estado de Direito não se pode dar pela via constitucional, somente pelas vias legislativas e administrativas. Isso porque os direitos fundamentais, já assegurados à sociedade burguesa como forma de separá-la do Estado e de suas ações, se contrapõem aos direitos sociais, que visam a entrância da sociedade no corpo estatal a partir de uma mudança estrutural-formal.³⁴

No dizer de Bobbio, “a mudança fundamental consistiu, a partir da segunda metade do século XIX, na gradual integração do Estado político com a sociedade civil, que acabou por alterar a forma jurídica do Estado, os processos de legitimação e a estrutura da administração.”³⁵

Hoje, o princípio da isonomia, preceito constitucional, tem delimitadas suas aferições junto ao contexto social, não exaurindo, todavia, a condição de reinterpretação e nova roupagem quando de sua aplicação. A título de entendimento, constata-se ofensa ao princípio da isonomia quando: “I- a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas (...); II- a norma adota como critério discriminador (...) elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas (...); III- a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de *discrímen* adotado (...); IV- a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* conduz a efeitos contrapostos

³³ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 40.

³⁴ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 42.

³⁵ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 401.

(...); e V- a interpretação da norma extrai dela distinções (...) que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro (...).”³⁶

Como se vê, a igualdade é um item de destaque à vigência do Estado Social, que impõe, para além dos limites ao poder do Estado, uma intervenção dele na condição de cada indivíduo, de modo a oferecer a cada um iguais oportunidades em relação a tudo e a todos. Atente-se ao fato de que já no Estado Liberal, quando em seu surgimento, era a igualdade um preposto elementar exigido pelo comum.³⁷

O conceito atual de Estado é apontado por Dallari como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Com o aparecimento do poder soberano no Estado, surgem diversos tipos dele, como os já mencionados Estados liberal, social e, por conseguinte, o Estado Democrático.³⁸

1.1.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO

Só por existirem grupos de indivíduos, já se pode inferir que ali há normas, com vistas a alcançar o interesse em comum. Manoel Gonçalves Ferreira Filho cita a expressão: *ubi societas, ibi ius*, que implica em dizer que para a obtenção daquilo que é de comum interesse é necessário auxílio mútuo, o qual só ocorre por intermédio de normas ao grupo, definidoras daquilo que a cada um é incumbido.³⁹

O Estado Democrático de Direito é entendido como um Estado que tem normas gerais (leis constitucionais ou leis fundamentais) regulando os poderes públicos. Pelo vislumbre da matéria, pode-se dizer que impera o poder do governo sobre o poder da sociedade, isto é, o

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 47-48.

³⁷ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 42.

³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu, *Apud* SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. Revista de Informação legislativa. Brasília: a. 42 n. 167 jul./set. 2005. p. 216.

³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 260.

governo das leis sobre o governo dos homens. É justamente com o Estado Democrático de Direito que há a limitação aos poderes do Estado.⁴⁰

Com a combinação do Estado de Direito e do Estado Democrático tem-se fortes elementos sendo criados ou recriados em meio à sociedade, tais quais a promoção da justiça social e uma forte transformação social, com a mudança do *status quo*. Isso porque o Estado Democrático traz à tona temas de alta relevância, não considerados pelo Estado anteriormente, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a soberania, os valores sociais do trabalho, o pluralismo político, etc. Para que o mecanismo estatal funcione é que se procedeu à divisão dos Poderes, com todos tendo o controle e sendo limitados dentro dos moldes da supremacia da Constituição.⁴¹

Nessa linha de raciocínio, em um Estado Democrático de Direito existem mecanismos de limitação ao poder do Estado, que não existiam nos modelos liberal e social de Estado. Como ilustração, tem-se o controle de constitucionalidade (por diversos instrumentos que surgiram ao longo do tempo, em sede de controle difuso e concentrado, mas que não são aqui objeto de análise) e a vigência do princípio da separação dos Poderes (resultando no *check-and-ballances*, um poder limitando e sendo limitado pelos outros Poderes – legislativo, executivo e judiciário – garantindo o equilíbrio entre ambos), o qual será mais a frente debatido.⁴²

Assevera Bobbio: “Por outro lado, quando se fala em Estado Democrático de Direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos”.⁴³

Na verdade, como aduz Habermas, o Estado Democrático de Direito visa a busca de legitimação:

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 18.

⁴¹ JUNIOR, José Geraldo de Sousa (org.), DANTAS, Arsênio José da Costa Dantas [et al.]. Sociedade democrática, direito público e controle externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 25.

⁴² JUNIOR, José Geraldo de Sousa (org.), DANTAS, Arsênio José da Costa Dantas [et al.]. Sociedade democrática, direito público e controle externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 25.

⁴³ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 18.

“É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por si só, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido, Foi Hans Kelsen, com seu positivismo jurídico, que procurou estabelecer o Direito como uma ciência, livre de ideologias, dotado de normas jurídicas hierarquizadas, em que a Constituição se encontraria acima de todas as outras normas. Essa ideia reduziu o Estado de Direito, dando espaço a um Estado legalista.⁴⁴ Segundo Kelsen, a Constituição não é somente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo, ou seja, o texto constitucional define direitos (materiais e instrumentais), dita mecanismos a serem utilizados e preceitua princípios.”⁴⁵

Foi Hans Kelsen, com seu positivismo jurídico, que procurou estabelecer o Direito como uma ciência, livre de ideologias, dotado de normas jurídicas hierarquizadas, em que a Constituição se encontraria acima de todas as outras normas. Essa ideia reduziu o Estado de Direito, dando espaço a um Estado legalista.⁴⁶ Segundo Kelsen, a Constituição não é somente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo, ou seja, o texto constitucional define direitos (materiais e instrumentais), dita mecanismos a serem utilizados e preceitua princípios.⁴⁷

Assim, com a requisição burguesa em ascender socialmente, ocorridas todas as quebras abruptas da história (leia-se revoluções), conquistaram-se os direitos sociais. Ora, já garantidos os direitos liberais, ainda com a adição dos direitos sociais, fecundam-se os direitos individuais, que na verdade são o núcleo dos direitos fundamentais. Com o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, passou-se a não conceber Estado sem uma Constituição (e não há Constituição sem separação dos Poderes). De tal modo, os direitos fundamentais posteriormente adentraram o texto constitucional, que, conforme teoria de Kelsen, ocupa a mais alta posição hierárquica no ordenamento jurídico.⁴⁸

⁴⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁵ HABERMAS, J.; HÄBERLE, P. Sobre a legitimação pelos direitos humanos . In: MERLE, J.; MOREIRA, L.(Org). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p. 68.

⁴⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁷ KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. Tradução Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina e Sérgio Sérulo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132.

⁴⁸ JUNIOR, José Geraldo de Sousa (org.), DANTAS, Arsênio José da Costa Dantas [et al.]. Sociedade democrática, direito público e controle externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 25.

O Estado Democrático de Direito tem, em síntese, uma estrutura formal do sistema jurídico, com garantia dos direitos que versam sobre as liberdades fundamentais e, ainda, a aplicação da *Lex Mater* por juízes independentes, isto é, a própria Constituição assegura autonomia aos sentenciadores que vão interpretá-la. Além disso, a estrutura material do sistema jurídico é composta, fundamentalmente, pela liberdade de concorrência no mercado. Quanto à estrutura social do sistema jurídico, são abarcadas a questão social e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora. Por fim, a estrutura política do sistema jurídico atine à separação do Poder, discutida no capítulo seguinte.⁴⁹

Em face a toda evolução do Estado e seu desenrolar ao longo dos tempos, a organização estatal hoje é permeada com órgãos, aliados ao controle social, que em conjunto funcionam como instrumento de manejo de uma Constituição em vigência, “conformadora de um Estado de Direito Democrático de vocação social.”⁵⁰

1.2 ESTADO CONSTITUCIONAL

Canotilho afirma que “o que importa num Estado Constitucional de Direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.”⁵¹

Com o entendimento da necessária presença do que é certo ou errado, perante a sociedade, aos estudos e à real aplicação das normas constitucionais, forma-se um novo tipo de raciocínio quanto ao direito constitucional, que implica em uma centralização dos direitos fundamentais, com respeito ao dever-ser objetivado pelo Estado. Acrescenta-se a isso o aumento da força normativa da Constituição e a ampliação de sua vigência às esferas

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 401.

⁵⁰ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 47.

⁵¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 245.

jurisdicionais. É a partir dessa linha que, no Direito, se propagou uma profunda constitucionalização.⁵²

Com precedente na Europa, o constitucionalismo (europeu), calcado na tradição francesa, apoiou-se, em um primeiro momento, naquilo que levantava Rousseau: soberania popular permanentemente ativa, por intermédio da vontade geral, traduzida pelo legislador. Já num segundo momento, entrou em destaque a ideia de que deveria existir um poder constituinte que limitasse o poder constituído.⁵³

Segundo Pietro Sanchís, em suas próprias palavras, ao remeter-se ao constitucionalismo e ao garantismo (significando este que a Constituição pode se fazer valer por meio dos procedimentos jurisdicionais para a proteção de direitos):

“o constitucionalismo representa o único marco institucional em que o garantismo pode realizar-se como modalidade do Estado de Direito que impõe limites formais e substantivos ao legislador democrático; como filosofia política que requer partir de uma ideia do Estado como instrumento artificial desenhado a serviço de uma moral pública baseada nos direitos; como teoria do Direito capaz de colocar de canto as antinomias e as lacunas internas ao sistema, as contradições entre os distintos níveis normativos.”

A expansão das normas constitucionais por todos os ramos do direito e também pelos três Poderes do Estado faz da Constituição um prestigioso instrumento de aplicação dos direitos fundamentais, que salientam a dignidade da pessoa humana, em seu significado mais amplo, além de limitar e impor deveres e obrigações aos poderes estatais.⁵⁴

Nas palavras de Luis Roberto Barroso, ao falar da Constituição de 1988 e seu enquadramento no Estado Constitucional de Direito:

“não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais,

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 11.

⁵³ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 112.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 11.

cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos.”⁵⁵

O embate sobre esse tema perfaz-se essencialmente em torno das concepções de constitucionalismo e democracia. Em um Estado Constitucional, as Constituições primeiras representavam a intenção de recompor a cratera que separava a democracia do constitucionalismo.⁵⁶ Ainda segundo Luis Roberto Barroso:

“cidadão é diferente de eleitor, assim como governo do povo é diferente de governo do eleitorado. A democracia é impulsionada por valores, ao passo que o processo político majoritário se orienta pelo jogo de interesses. No Estado Constitucional os princípios fundamentais têm maior força que no Estado Democrático de Direito, onde os princípios fundamentais tem força, mas são mais diluídos.”⁵⁷

O Estado Constitucional de Direito que ora se impõe nos parâmetros sociais parece clamar por uma nova teoria do Direito, um novo paradigma que deve entrar em vigência para fundamentar os esquemas do positivismo teórico. É a busca desse novo paradigma, que concebe o controle de constitucionalidade e que admite interpretações judiciais acerca da intenção do legislador, que perfaz uma trilha de formalidade única, formulando apenas condições necessárias segundo as quais os sujeitos do Direito podem, enquanto cidadãos, se entender entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.⁵⁸

Essa nova teoria do Direito pode ser resumida em cinco características: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, no lugar de espaços vazios em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial no lugar de autonomia do legislador ordinário; e coexistência de um conjunto de valores no lugar da homogeneidade ideológica em torno de poucos princípios coerentes entre si e em torno das sucessivas opções legislativas. Isto é, princípios fundadores da Constituição e que a resguardam, positivados como cláusulas pétreas, devem sobressair-se frente a qualquer situação sócio-jurídica.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 19.

⁵⁶ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 239.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 38.

⁵⁸ SALAMANCA, Andrés Bordali (coord.). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile: 2006, p. 116-117.

Contudo, não é exatamente essa a situação prática, como poderá se depreender ao longo do texto.⁵⁹

Pietro Sanchís afirma que é o constitucionalismo uma teoria do Direito, habilitada a dissertar ou explicar as características desse modelo. Assim como se pode prever que o constitucionalismo é o modelo considerado como ótimo do Estado de Direito, incorporando um vasto conjunto de valores de natureza moral.⁶⁰

Por essa razão, o constitucionalismo se vincula ao positivismo inclusivo de maneira excelente, levando em consideração que as fontes sociais podem orientar a questões que estão inclusas nas Constituições. Bem como também é esse o motivo das normas dependerem de adequação à Constituição.⁶¹

Mais que do que abraçar ao que prediz a Constituição, o Estado Constitucional necessita de um texto normativo de orientação não que deva ser respeitado pelo legislador, mas sim um programa positivo que deve ser seguido pelo legislador. Por isso, deve desempenhar a Constituição uma função de limitar e direcionar simultaneamente, e não mais aquele papel de *norma normarum*, ditando apenas como devem ser produzidas as normas possíveis.⁶²

O constitucionalismo é um processo, por isso pode ser a ele inferido graus e intensidades, em que haveria precário grau de constitucionalismo quando existisse uma Constituição meramente nominal e semântica, com garantias somente políticas e constituídos de formalidades. Já o constitucionalismo mais forte estaria configurado quando houvesse uma Constituição de caráter normativo (com força vinculante), apresentando superioridade hierárquica no sistema de normas (supremacia), com eficácia direta (sem dependência para sua aplicação), também com garantia jurisdicional (todos podem se valer de seu conteúdo) e rigidez (alteração dificultada ao legislador).⁶³

⁵⁹ SALAMANCA, Andrés Bordali (coord.). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile: 2006, p. 117.

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 101-103.

⁶¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 103

⁶² MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Posfácio de MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. p. 208.

⁶³ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 116-117.

Por óbvio, seguindo no entendimento até aqui exarado, duas acepções vêm à mente ao se falar em Estado de Direito nos moldes contemporâneo: a primeira dela sé que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitados nas formas e procedimentos legalmente estabelecidos. A segunda acepção diz que os poderes públicos estão sujeitos à lei não só em forma, mas também em conteúdo, devendo respeito todos os Poderes aos princípios constitucionais.⁶⁴

A primeira diz respeito ao juspositivismo do Estado legalista, ao passo que a segunda acepção se refere a um modelo pós-positivista do Estado Constitucional de Direito. Na primeira fala-se em condicionamento das validades das leis, que devem seguir uma forma de produção e de coerência previamente determinado pelo texto constitucional, havendo dissociação entre a existência de normas e sua validade. Nela, muda-se o estatuto epistemológico da ciência jurídica, com a Constituição não disciplinando as formas, mas também impondo obrigações e proibições de conteúdo (ser – condição de vigência; dever-ser – condição de validade).⁶⁵

Frente a tudo isso, resta claro que o Estado Constitucional nada mais é do que a representação de uma fórmula do Estado de Direito, sendo sua plena realização, ora que somente compreenderá ao legislativo e judiciário a submissão do poder ao Direito se houver uma Constituição de verdade, já que a essência do Estado de Direito é, senão, colocar ao dispor do Direito o poder.⁶⁶

Mais que isso, o Estado Constitucional considera a Constituição como um quarto elemento do Estado, condição inexorável para que ele exista, sob a forma de cultura, já que somente quando a Constituição faz parte da cultura de um Estado é que se pode considerá-lo como em seu último estágio.⁶⁷

Sobressai-se a necessidade de uma categoria responsável por superar o embate entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, representante de um pensamento jurídico

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *in* CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 13-14.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *in* CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 18.

⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 113.

⁶⁷ HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 21. Lembrando que os outros elementos do Estado são povo, território e soberania.

contemporâneo, que ultrapasse os limiões de divergência entre Direito e Moral⁶⁸. Um pós-positivismo, que se adegue à realidade de substituição das normas por valores, que adere à consideração da Constituição como intrínseca à sociedade e ao Estado, na forma de cultura, que assim culminou em se chamar de neoconstitucionalismo.⁶⁹

⁶⁸ Frisa-se que o juspositivismo inclusivo nega a conexão necessária entre Direito e moral. Esta, apesar de distinta do Direito positivo, poderia ser incluída nele, isto é, o Direito positivo bem poderia remeter a valores morais. (BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. *in* CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 263.)

⁶⁹ MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Posfácio de MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. p. 209.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O neoconstitucionalismo apresenta-se como uma versão particularmente forte do genérico Estado Constitucional de Direito. Nas próprias palavras de Sanchís: “Como fórmula política adscribible al modelo del Estado de Derecho, el neoconstitucionalismo tal vez no agote la riqueza de contenidos y exigencias derivadas del garantismo (...), pero sí encarna su presupuesto indispensable (...)”.⁷⁰

Adentrando na esfera neoconstitucionalista, cumpre trazer à baila seu histórico, que tem precedente em duas tradições constitucionais: a norte-americana originária, composta da defesa à supremacia da Constituição e à garantia jurisdicional perante o ordenamento; e a francesa, baseada não na ideia de que a Constituição deva limitar tudo e todos, mas de que é a própria Constituição um projeto diretivo de transformação social e política (considerando que a Constituição influencia diretamente a agenda do governo). Ambas as tradições, com suas especificidades, davam causa à erosão à onipotência e supremacia do legislador.⁷¹

É o neoconstitucionalismo responsável por conceber o conjunto dessas duas tradições ao interpretar e analisar a função que a *Lex Mater* tem, imprimindo a ela o caráter de forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional, com capacidade de transformação que condiciona o rumo o qual a maioria toma (com a participação nesse cenário do legislador, como protagonista democrático, e dos juízes, dando a cartada final).⁷²

O neoconstitucionalismo surgiu também por força da necessidade de correção ao modelo europeu de Estado de Direito (uma espécie de aperfeiçoamento do Estado de Direito), com imersão da Constituição dentro do ordenamento jurídico como norma suprema e garantida, isto, é “desbordamiento constitucional”, como coloca Perez Luño.⁷³

⁷⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 104.

⁷¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 107-108.

⁷² PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 109.

⁷³ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. El desbordamiento de las fuentes del derecho *apud* PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 114.

O dilema que sofre o neoconstitucionalismo, segundo Pietro Sanchís, é justamente o afastamento dos entendimentos e interpretações dentro do ordenamento jurídico, advindos, de acordo com suas competências, dos três Poderes. Todavia, tal proposição encontra resolução na presença, dentro desse ordenamento, de muitas normas que apontam aos órgãos do poder público (e aos particulares) o que não devem fazer e, por vezes, o que devem fazer. No caso, pode-se notar normas com variadas denominações e destinações: valores, princípios, diretrizes, institutos, direitos ou garantias etc. Apesar disso, ainda são normas, supremas, que sempre têm eficácia, no âmbito dos três Poderes.⁷⁴

Isso ocorre porque a Constituição tem um caráter vinculante, por ser normativa, já que é, conforme Kelsen, norma interna à vida do Estado, eis que regula as fontes do Direito e, assim, acaba por regular a distribuição do exercício do poder entre os entes estatais, além de apresentar direitos e obrigações imediatamente exigíveis. Esses são os três pontos onde está consubstanciada a resolução do referido dilema.⁷⁵

Embora seja questionada a imparcialidade da ciência jurídica no âmbito neoconstitucionalista, em que ao caráter descritivo é atribuído crédito, o neoconstitucionalismo está em fase de construção, crescimento qualitativo e consistência doutrinária, acumulando experiências e reparando falhas. Exemplo disso é que o neoconstitucionalismo já aprendeu que nem todos os juízos de valor desembocam no âmbito da subjetividade, havendo aceitação moral do Direito e a adoção do ponto de vista interno do Direito (devendo haver precaução quanto ao constitucionalismo ético, em que a Constituição não se identifica com justiça em si).⁷⁶

Assim, apesar do alto nível de subjetividade da Constituição, com elevado teor valorativo, a primordial intenção é cercear a discricionariedade do legislador, detentor do poder da legalidade, já que a lei deixa de ser a única fonte jurídica e passa a ter posição de subordinação⁷⁷. Ou seja, no neoconstitucionalismo se pretende uma retenção à

⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 111.

⁷⁵ KELSEN, Hans *apud* PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 110.

⁷⁶ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. *in* CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 254.

⁷⁷ “A lei, um tempo medida exclusiva de todas as coisas no campo do Direito, cede assim o passo à Constituição e se converte ela mesma em objeto de medição. É destronada a favor de uma instância mais alta. E essa instância mais alta assume agora a importantíssima função de manter unidas e em paz sociedades inteiras

discricionarietà legislativa (mais perigoso, haja vista que advém da legitimidade democrática – imotivada) e também judicial (derivada de uma argumentação racional – motivada).⁷⁸

Aqui se abre espaço para comentar que a moral, além de ser vislumbrada no texto constitucional dentro do âmbito neoconstitucionalista, devido à alta carga valorativa, também é contemplada pelo intérprete constitucional, ou seja, pelos magistrados, se fazendo positiva na medida em que: i) tem reconhecimento jurídico nas sentenças; ii) reconduz os atos humanos; e iii) faz o princípio ter efetividade ao ser aplicada à norma jurídica. Logo, o que existe é uma moral positiva, aplicada ao caso concreto e a toda a sociedade.⁷⁹

Sobre o assunto, uma primeira corrente defende que a conexão vem ao nível da conceituação de Direito, o que necessariamente remete à moral. Uma segunda corrente defende que essa conexão necessária entre ambos somente ocorreria ao nível de interpretação ou fundamentação do Direito, com a adoção de um ponto de vista normativo.⁸⁰

As leis passam então a ser instrumento pelo qual se efetivam os princípios constitucionais, adquirindo, por conseguinte, uma função residual. Isso implica em dizer que há a perda da livre expressão do poder político, que antes se comunicavam diretamente por meio da livre produção de regulamentos e regras, tornando o que lhe interessasse (politicamente) plenamente legal.⁸¹

Mesmo com essa subordinação das leis, a intenção do neoconstitucionalismo não é somente tornar as normas constitucionais hierarquicamente superiores, senão promover uma mutação qualitativa do Direito por inteiro dentro do ordenamento jurídico.⁸²

Ao falar sobre as novas Constituições, contemporâneas, Sastre afirmou que:

divididas em seu interior e concorrencialmente.” – ZAGREBELSKY, G. El derecho dúctil *apud* PAZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambiguo. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 199.

⁷⁸ PAZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambiguo. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 189.

⁷⁹ PAZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambiguo. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 201.

⁸⁰ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 265.

⁸¹ PAZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambiguo. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 193.

⁸² PAZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambiguo. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 199.

“contra as advertências feitas por Kelsen, se incorporam conteúdos materiais que adotam a forma de direito, princípios, diretrizes e valores. Essas disposições constitucionais apresentam alto grau de indeterminação, destacando, principalmente, o tipo de vaguidade que oferecem os conceitos essencialmente controversos (como, por exemplo, dignidade, justiça, liberdade e autonomia), que expressam um conteúdo com forte carga valorativa difícil de precisar”.⁸³

Em suma, o neoconstitucionalismo estabelece a consolidação de um modelo institucional de organização política, com o verdadeiro Estado Constitucional de Direito (marco histórico); reaproxima o Direito da ética, dando maior foco aos direitos fundamentais e alterando questões conceituais e metodológicas sobre a definição do próprio Direito (marco filosófico); e oferece uma nova dogmática da interpretação constitucional, com uma série de mudanças, dentre as quais se destacam itens já elencados anteriormente, como a força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional (marco teórico).

Seja como for, não se pode confundir, entendendo o neoconstitucionalismo, em essência, unicamente como uma nova teoria ou um movimento doutrinário. Mais que isso, ele busca a superação de um dogma positivista e formalista que é apontado ao conteúdo constitucional, considerado reducionista, incapaz de explicar os incontornáveis elementos políticos e morais. O neoconstitucionalismo vem com soluções às insuficientes respostas positivistas e é por essa razão que não há concordância entre as correntes neoconstitucionalistas sempre.⁸⁴

Peter Häberle apresenta, após todo esse processo da Teoria Geral do Estado, um novo modelo, o Estado Constitucional Cooperativo, que já integra em sua essência a Constituição, considerando-a como parte de sua cultura (quarto elemento do Estado). Assim, as discussões acerca da constitucionalidade das normas internas ao Estado não mais são o assunto em foco e sim a comunicação entre as Constituições dos Estados. Chega-se ao ponto em que a integração entre os textos constitucionais é tamanha, que se fala em Constituição Universal, que abrange mais de um Estado, ultrapassando um território.⁸⁵

⁸³ ARIZA, Santiago Sastre *apud* MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Posfácio de MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. p. 214.

⁸⁴ MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Posfácio de MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. p. 211.

⁸⁵ HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 66.

O caminho até que se chegue nesse estágio é longo, com a integração econômica entre os Estados e a superação de sentimento de xenofobia, com a adesão a direitos fundamentais únicos entre nacionais e estrangeiros. O Estado Constitucional deverá servir de modelo para outros Estados, abrindo mão da existência voltada para si.⁸⁶

Favorável a esse pensamento é o vislumbre das relações entre os Estados atuais, que são muito receptivos às interações político-internacionais e abertos a cooperações. Porém esse é um outro estágio de Estado, a ser considerado em futuros trabalhos.⁸⁷

Pois bem, conforme o neoconstitucionalismo, existe a superior necessidade de mais princípios que regras, de mais ponderação que subsunção, de presença constante da Constituição a todos os substratos fáticos e de direito, ao invés de regulamentação legislativa a cada lacuna, o que pressupõe onipotência judicial sob o legislador (discricionário), além de existência de um amplo conjunto de princípios, mesmo que colidentes, no lugar de uns poucos princípios coerentes, mas que não cumprem o fim para o qual foram criados.⁸⁸

2.2 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Falar em neoconstitucionalismo sugere, no contexto deste estudo, falar em princípios constitucionais que, no âmbito do novo paradigma de direito, estão presentes em todos os seios sociais, como também em todos os estudos doutrinários sobre o assunto. Como se quer chegar à possibilidade de ativismo judicial, com suas delimitações, deve-se fazer alusão aos princípios que mais sofrem prejuízo com tal prática, dentre eles a supremacia da Constituição.

O Estado, como se pode arrematar com o até aqui exposto, é uma sociedade, que implica em organização. Esta toma forma na Constituição, que assoma os preceitos de obrigações, “direitos, distribuidores de competências, que dão a estrutura social, ligando pessoas que se encontram em dado território em certa época.” Foi justamente com a

⁸⁶ HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 77.

⁸⁷ HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 74-75.

⁸⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Posfácio de MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. p. 215.

codificação constitucional que se pôde expelir, na seara política, a vontade do soberano, para dar lugar à vontade geral do povo.⁸⁹

Sobressaindo-se aos pormenores históricos do desenrolar do Estado, a Constituição Federal guarda um carácter prospectivo, acatando ao ideal de realização da justiça social, com a prescrição de direitos coletivos e individuais sociais e econômicos e a imposição ao Estado da obrigação de efetivá-los mediante prestações positivas.⁹⁰

A força normativa imposta pela Constituição Federal Brasileira importa em tamanha vinculação ontológica, que sua eficácia normativa, traduzida em normas reguladoras e interpretativas, transparece por intermédio de baixa densidade normativa. Isso significa dizer que as regulações constitucionais se dão por disposições cujo conteúdo é dotado de alguma ou pouca amplitude ou nem sequer há regulação.⁹¹

Densidade normativa baixa principalmente em torno do amplo catálogo de direito fundamentais. Por isso se diz que a Constituição Federal Brasileira é um compêndio de uma nova moral universal, “que já não flutua sobre o direito [...] senão migra ao interior do direito positivo”.⁹²

A simples atividade de transcrição do conteúdo constitucional é errônea, na medida em que as normas constitucionais dependem do papel criativo de quem a interpreta, já que a elas está vinculada a realidade. A força normativa, quando não reconhecida pelos textos constitucionais, somada à ausência de vontade política acarreta em falta de efetividade da Constituição.⁹³

Como assevera J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“a força normativa da Constituição expande-se até os terrenos da ordem econômica e social. Mesmo nos domínios em que a Constituição tradicionalmente não penetrava, ou em relação aos quais costumava ser olhada apenas como ‘mensagem’ ou ‘utopia’, reconhece-se hoje a força conformadora das normas constitucionais. Consequentemente, a constituição

⁸⁹ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 17.

⁹⁰ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 19.

⁹¹ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 22

⁹² HABERMAS, Jürgen *apud* PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones *in* Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 125.

⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. p. 02.

tanto é lei fundamental dos ‘direitos, liberdades e garantias’ como dos direitos econômicos, sociais e culturais.”⁹⁴

Dessa forma, pode-se inferir que a Constituição haveria de ficar “aberta ao tempo”, de modo a interagir com as alterações sociais e conseguir atender à proteção, em tempo, daqueles que se encontram sobre sua tutela (jurisdicional ou não, tendo em vista haver elementos constitucionais que objetivam consagrar apenas formas de interpretação e de integração de outras normas).⁹⁵

Essa característica de perceber alterações que o tempo comporta e integralizá-las ao texto constitucional, possivelmente acarretaria em risco a sua força normativa. Por esse motivo aduz Hesse que não devem ficar abertos ou indeterminados alguns preceitos constitucionais, como aqueles que aludem à ordem social, à estrutura estatal e, principalmente, ao procedimento o qual são decididas as questões deixadas abertas (definição de competências, controle constitucional, responsabilidade subjetiva e objetiva, criação ou supressão de órgãos, bem como de funções e cargos públicos etc.).⁹⁶ São estas as normas de eficácia plena, com aplicabilidade imediata e integral, independentemente de atuação do legislador para sua completa validade e vigência.⁹⁷

Como preceitua Michel Temer, “são normas dotadas de eficácia jurídica porque têm o efeito de impedir que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dê plena aplicabilidade.”⁹⁸

Insta salientar que a possibilidade de controle constitucional às referidas normas “abertas ao tempo”, só é possível em Estados cujos pressupostos essenciais são: supremacia da Constituição, existência de direitos fundamentais e vigência de uma Constituição rígida e escrita. Como relembra J. J. Canotilho, quem faz o controle constitucional exerce uma

⁹⁴ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 22

⁹⁵ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Tradução Pedro Cruz Villalon. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 16.

⁹⁶ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Tradução Pedro Cruz Villalon. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 19.

⁹⁷ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 24.

⁹⁸ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 25.

atividade paralegislativa, ou seja, aparenta ser um exercício legislativo, apesar de não se configurar como um.⁹⁹

Ademais, existe o embate acalado àqueles que se deitam sobre a tese de prevalência da jurisdição constitucional, em paradoxo com a democracia. Uma primeira tese, acompanhada por Habermas e Maria Sylvia Di Pietro, defende que a democracia, com seu princípio majoritário, deva prevalecer, sendo imperiosas as discussões e deliberações ocorrerem no âmbito público (legislativo) e não no âmbito jurídico.¹⁰⁰

Ressaltando que a concepção de democracia para os neoconstitucionalistas engloba a defesa de participação massiva, da democracia direta à representativa, do sistema eleitoral proporcional ao majoritário. O controle de constitucionalidade só é admitido em casos excepcionais. Esse tipo de democracia pode garantir as instituições democráticas, que são frágeis. Mas somente procede essa argumentação onde as tradições constitucionais já sejam consolidadas, levando em conta a primazia histórica do constitucionalismo sobre a democracia.¹⁰¹

Uma segunda tese firma-se sobre os parâmetros do Estado Constitucional de Direito, onde existe uma Constituição rígida, mantenedora de direitos fundamentais e do âmbito jurídico, que é, por certo, fonte primária (onde nascem outras fontes e outras normas), em que há preservação da democracia, defendendo-se institutos como o *amicus curiae* e audiências públicas no Supremo Tribunal Federal.¹⁰²

Em síntese, é justamente a dinamicidade e a multiplicidade da conduta humana que impossibilitam ao Direito prevê-la e normatizá-la. As normas abertas dão possibilidade de acompanhamento às sutilezas das sociedades que insurgem diariamente, garantindo a indicação de diretrizes de atividades determinadas, contudo, de maneira protegida, de acordo com o exposto acima, das feições políticas, ora que é o constituinte originário, bem como o derivado, que é limitado por aquele, premissa material da política. O que se procura é dar

⁹⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim *apud* SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 24.

¹⁰⁰ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 24.

¹⁰¹ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. *in* CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 269.

¹⁰² SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 24.

apenas supedâneo constitucional à atuação política, sem tirar, de nenhum dos Poderes, suas possibilidades de ação.¹⁰³

A liberdade de conformação do legislador está garantida mesmo frente às previsões constitucionais, que imbuem limitação. O vínculo à Constituição Federal não desafia ao legislador em escolher como, quando e em que medida vai realizar um direito fundamental. É evidente que quando essa liberdade extrapola os limites da razoabilidade e da proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação), incorre o legislador em inconstitucionalidade por omissão.¹⁰⁴

Faz-se mister a aferição de preceitos constitucionais à todo conteúdo material ou processual que nasce no ordenamento jurídico, seja qualquer poder do Estado que o emane. Isto porque é a Constituição a *Lex Mater*, que deve projetar-se sobre todo o sistema normativo, cabendo às leis respeitá-la, sob a pena de nulidade de sua eficácia. De igual modo procede aos atos administrativos quanto às leis e à própria Constituição. Desse contexto que nasce o princípio da supremacia da Constituição, em que norma constitucional prevalece e ato ou norma infraconstitucional se conforma.¹⁰⁵

Vale mencionar que frente ao Estado onde prepondera o princípio da supremacia da Constituição, devem coexistir outros princípios que tornam coeso todo o ordenamento jurídico. Princípios como a presunção de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição Federal (que tem utilidade de não deixar o intérprete optar por virar legislador positivo), unidade hierárquico-normativa da Constituição Federal, proporcionalidade e razoabilidade (que limita quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), efetividade (princípio que coloca o plano do dever-ser próximo ao plano do ser), dentre outros.¹⁰⁶

O controle de constitucionalidade surge como forma de filtrar as normas que adentram o ordenamento jurídico, eliminando-se aquelas que destoam da conformidade de ato jurídico público com qualquer preceito da Constituição. Isso significa dizer que se procura impedir

¹⁰³ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 25.

¹⁰⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital, *Apud* SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 30.

¹⁰⁵ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 17-22.

¹⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. p. 30-34.

que subsista a eficácia de norma que seja contrária à Constituição, fazendo prevalecer, conforme o Estado Constitucional, a própria Constituição.¹⁰⁷

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais tiveram efetivo espaço quando na garantia das liberdades burguesas, da política, da social e da econômica. Constituem-se como uma barreira à intervenção do Estado a toda liberdade que já se havia conseguido. Representam o resguardo ao *status quo*, defendendo a chance de retorno dos indivíduos ao mínimo existencial, quando ele decide oscilar dentro de seu espectro de liberdade.¹⁰⁸

Os chamados direitos fundamentais são indispensáveis à plenitude do direito da pessoa humana, o que equivale dizer que são aqueles direitos essenciais para uma vida meritória ao homem, digna de apreço. O marco de coroamento desses direitos foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948.¹⁰⁹

Os conhecidos “direitos naturais” remontam a um conceito vinculado a direitos inatos ao homem, àqueles que emanam da razão humana e do contrato social, já discutido nesse trabalho. Quanto aos “direitos morais”, também remetem a uma concepção prévia à formação do Estado e, conseqüentemente, ao Direito, todavia estão ligados a uma integração de questões morais e jurídicas (a busca pela fundamentação moral aos direitos constitucionais que atendam à equidade). Já as “liberdades públicas” se referem a direitos considerados no texto jurídico, ou seja, direitos positivados.¹¹⁰

Considerado a evolução histórica dos direitos do homem, hoje se tem uma ideia de somatória dos diversos entendimentos teóricos sobre o assunto, em que atuam estrita

¹⁰⁷ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 17-22.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 401.

¹⁰⁹ ZOLLINGER, Márcia Brandão. Proteção Processual aos Direitos Fundamentais. Salvador: Editora Podivm, 2006. p. 19.

¹¹⁰ ZOLLINGER, Márcia Brandão. Proteção Processual aos Direitos Fundamentais. Salvador: Editora Podivm, 2006. pp. 19-22.

legalidade à aplicação de tais direitos, considerando, também, a realidade prática de cada caso concreto.¹¹¹

Sobre o assunto, afirma Márcia Zollinger que:

“a tridimensionalidade da dogmática jurídica justifica-se, na atualidade, pela assunção de uma racionalidade prática preocupada com a fundamentação racional e intersubjetivamente controlável de juízos concretos de dever ser, sobrelevando, por isso, a prática judicial e a perspectiva do juiz.”¹¹²

Citado por Christine Peter, Ingo Sarlet prenuncia que “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.”¹¹³

Deve-se ter em mente que são três aqueles a quem se destinam os direitos fundamentais: i) o titular é um sujeito individual (com dever de abstenção); ii) o titular é também o sujeito coletivo (com dever de prestação); iii) o titular é a comunidade política (com dever de participação).¹¹⁴

Os direitos fundamentais, obviamente, enfrentaram obstáculos dentro de cada geração: na primeira geração houve o arbítrio governamental, com as liberdades públicas (jusnaturalismo cedeu ao positivismo); na segunda geração houve extremas desigualdades sociais, com os direitos econômicos e sociais; a terceira geração luta contra a degeneração da qualidade da vida humana, já que diz respeito ao direito de democracia, considerando que este é um processo de participação contínua (subjetiva ou objetiva e coletiva).¹¹⁵

¹¹¹ ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Podivm, 2006. pp. 19-22.

¹¹² ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Podivm, 2006. p. 24.

¹¹³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 71.

¹¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estado Democrático de Direito como Estado de Direitos Fundamentais com Múltiplas Dimensões*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2011. p. 12.

¹¹⁵ ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Salvador: Editora Podivm, 2006. p. 33.

Vale ressaltar que a utilização da palavra “geração” não pode induzir à compreensão falseada de que os direitos de uma nova geração substituem os direitos da geração antecedente. Por isso, deve-se entender o contexto do termo geração como tendo a noção de acumulação dentro do processo evolutivo, além da complementariedade e indivisibilidade dos direitos fundamentais.¹¹⁶

Ora, a vontade da Constituição impõe, sob tom onipresente, tutela aos Princípios Fundamentais, independentemente do poderio econômico (constante e sobressalente preocupação e prioridade estatal) interessar-se por outro *modus operandi*. Ainda que a linha econômica, num viés de participação ativa do processo constitucional, interfira, incumbe à força normativa da Constituição concretizar o dever-ser (observando-se os planos dos atos jurídicos, tais sejam o de existência, validade, eficácia e efetividade, este como sendo a atuação prática da norma).¹¹⁷

O Estado, que é um potencial inimigo das liberdades, dado a sua evolução histórica, é exigido do constitucionalismo para que se organize em função dos direitos fundamentais, colocando-os como diretrizes para todo o ordenamento jurídico. Uma vez ocorrido isso, os direitos fundamentais geram eficácias imediatas: irradiante, dirigente e horizontal. Esta é a expansão dos direitos fundamentais à esfera privada; essa é uma construção do professor Konrad Hesse e diz respeito à permanente função dos órgãos estatais de concretização e realização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais; aquela nada mais é que o impulso direcional que os direitos fundamentais dão às normas infraconstitucionais.¹¹⁸

É sobressalente mencionar que tais eficácias geram efeito quando em perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Quer dizer que os direitos fundamentais agem com eficácia em todo o ordenamento jurídico, valendo para a coletividade como um todo. Ao passo que a perspectiva subjetiva ocorre quando os direitos fundamentais agem em defesa do indivíduo contra atos do poder público.¹¹⁹

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 525.

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 525.

¹¹⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 71-76.

¹¹⁹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 71-76.

Considerando que democracia e ciência compõem a super-ideologia de tempos atuais,¹²⁰ o universalismo (globalização cultural) é cada vez mais presente, estando as sociedades interconectadas. Por isso, a garantia de direitos universais se faz cada vez mais necessária. Apesar de positivo, deve-se tomar cuidado com a preservação de certos valores e instituições político-culturais (não se deve universalizar cultura).¹²¹

No entanto, não se pode admitir atrocidades e violações aos direitos humanos em nome do relativismo cultural, comentando Perez Luño que nesse caso deve haver uma “intervenção por razões de humanidades”. Em suma, não se pode impor uma universalização cultural, mas também os direitos humanos devem ser respeitados.¹²²

Cabe observar também que os direitos e liberdades reconhecidos no texto constitucional mudam de acordo com o tipo de Estado adotado. O Estado Liberal de Direito apenas reconhece as liberdades individuais, ou seja, os direitos pessoais civis e políticos (remetendo ao estado democrático). Já os que seguem o Estado Social de Direito ampliam as liberdades, incluindo ao rol os direitos econômicos, sociais e culturais, entrelaçados ao princípio da igualdade.¹²³

Nessa trilha, Perez Luño salienta duas lentes a serem utilizadas na análise dos direitos fundamentais dentro de cada modalidade de Estado, tais sejam a genética e a funcional. Na perspectiva genética, o Estado de Direito exige a garantia dos direitos fundamentais, em contrapartida, o exercício dos direitos fundamentais exige que o Estado esteja organizado na forma de Estado de Direito. Já na perspectiva funcional, o tipo de Estado de Direito, se liberal ou social, é determinado pelo alcance e significado que a respectiva Carta Constitucional confira aos direitos fundamentais, enquanto a essência dos direitos fundamentais condiciona-se ao tipo do Estado de Direito que os formula.¹²⁴

¹²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado Democrático de Direito como Estado de Direito Fundamentais com Múltiplas Dimensões. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2011. p. 7.

¹²¹ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalid de los derechos humanos y el Estado constitucional. Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 23, Bogotá: 2002, p. 27.

¹²² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalid de los derechos humanos y el Estado constitucional. Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 23, Bogotá: 2002, p. 39.

¹²³ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La universalid de los derechos humanos y el Estado constitucional. Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 23, Bogotá: 2002, p. 34.

¹²⁴ ZOLLINGER, Márcia Brandão. Proteção Processual aos Direitos Fundamentais. Salvador: Editora Podivm, 2006. p. 25.

Com o exposto até o presente momento, confere achocar que os direitos fundamentais são direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, encontram respaldo no direito de defesa, deixando que indivíduos titulares de direitos possam exercê-lo, não interferindo na relação. Já como direitos objetivos constroem-se as obrigações basilares do Estado, formando-se, assim, a base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.¹²⁵

Georg Jellinek classifica os direitos fundamentais, segundo sua função, em quatro diferentes parâmetros: i) negativa: esfera individual de liberdade do indivíduo, imune ao Estado, que deve se abster em respeito ao individualismo, como por exemplo, o direito à propriedade; ii) positiva: é assegurado ao indivíduo a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais afim de proteger o indivíduo, isto é, o Estado tem o dever de atuar, como na garantia aos direitos sociais; iii) ativa: o sujeito-cidadão é titular de competências que lhe garantem a participação na formação da vontade estatal; iv) passiva: o indivíduo deve suportar os deveres que o Estado impõe, como, por exemplo, os impostos.¹²⁶

Peter Häberle ainda acrescenta a essa classificação de Jellinek um quinto parâmetro, o *status* ativo processual, que é a provocação do estado, organizado e procedimental, para que se possa gerar uma ação judicial.¹²⁷

Já Ingo Sarlet, ao classificar os direitos fundamentais dimanou de forma diversa, apesar de similar. Ele apenas citou os direitos a prestação (os direitos positivos), que é o fato de o Estado ser o meio para se atingir um fim, que é justamente a efetivação dos direitos fundamentais, e os direitos de defesa, que é a não atuação do Estado para que os direitos fundamentais possam se concretizar.¹²⁸

Complementando a ideia até aqui exposta, os direitos fundamentais são fundamento do Direito e do Estado, possuindo amplitude máxima e sempre em contínua expansão. Considerando os princípios, nominativos dos direitos fundamentais, deve-se salientar que são

¹²⁵ ZOLLINGER, Márcia Brandão. Proteção Processual aos Direitos Fundamentais. Salvador: Editora Podivm, 2006. p. 25.

¹²⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 68.

¹²⁷ HÄBERLE, Peter *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 95.

¹²⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 88.

eles normas jurídicas que positivam um valor social e que atraem outras normas jurídicas para serem também aplicadas.¹²⁹

Ademais, em criação de Wolff e Schmitt, surgiram as garantias institucionais, que consistem na blindagem dos institutos e instituições da erosão do legislador. Nesse mesmo contexto, mas em diferente significado, existem as garantias, que servem para proteger os direitos, mas podem se equiparar a eles, quando em situação de garantias-fundamentais (direitos-garantias), isto é, protegem e são os direitos fundamentais em si, não estando acima, nem abaixo, gozando da mesma capacidade.¹³⁰

Tendo em vista a efetiva aplicação dos direitos constitucionais às relações jurídicas, os indivíduos terminam por se habituar a essa situação em seu estado de convivência social e a exigir cada vez mais proteção do Estado em concomitância com suas liberdades individuais. Por isso, o sentimento de justiça às relações sociais estão sempre em voga, havendo exigibilidade das aplicações de direitos em nome da cidadania.¹³¹

Dessa forma, os magistrados passaram a ter uma salutar importância na execução dos direitos de cada indivíduo tutelado pelo Estado. O fator criativo dos juízes obteve destaque quando na aplicação das normas legais a cada caso concreto, que deve levar em consideração os fatores contextuais do ambiente, dos personagens e do momento. Assim, os tribunais e seus membros deixaram de ser órgãos exclusivamente técnicos de aplicação das leis e passaram a desempenhar um papel político, dividindo o palco com o Legislativo e o Executivo.¹³²

Frente a esse cenário de constitucionalização, de requisição social por justiça em todos os assuntos do Estado e seus partícipes e ascensão institucional do Poder Judiciário, houve no Brasil uma expressiva judicialização das questões políticas e sociais, que passaram a

¹²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado Democrático de Direito como Estado de Direito Fundamentais com Múltiplas Dimensões. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2011. p. 4.

¹³⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da. A Função da Jurisdição no Estado Constitucional Brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: Ano 4, 2010/2011, p. 14.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 35.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 34.

vislumbrar nos Tribunais o ponto de resolução de conflitos. Os métodos utilizados para tanto são judiciais, mas o caráter é político.¹³³

A efetivação de Políticas Públicas já aprovadas pelo governo, os limites de legitimidade de membros de cada poder estatal quando na atuação de suas competências, os contornos de direitos fundamentais em casos concretos singulares, além da influência do entendimento de cada juiz ou Tribunal aos casos a eles postos para solubilidade, são todos exemplos de judicialização política, a qual será abordada no próximo capítulo.¹³⁴

Forte nos entendimentos aduzidos neste capítulo, ainda que consoante seja a Constituição norma diretriz do ordenamento jurídico, devendo ser respeitado seu teor em questões materiais e formais, deve-se levar em consideração a diferença entre os três Poderes, com seus próprios procedimentos e competências, sendo esse também elemento de importância ao neoconstitucionalismo.¹³⁵

2.4 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A doutrina da divisão dos Poderes do Estado fixou-se como teoria surgida em meio às diversas teses de teóricos clássicos. Sendo assim, tendeu a aperfeiçoar-se ao longo do tempo, até que, em Montesquieu, no célebre livro “Do Espírito das Leis”, encontrou ela a sua mais autorizada fundamentação.¹³⁶

Montesquieu primeiro descreve a natureza das funções do Estado, dando, a seguir, sua justificação. Eis em suas próprias palavras: “Em todo o Estado há três espécies de poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo (das coisas que dependem do direito das gentes) e o Poder Judiciário (das que dependem do direito civil)”. Vejamos cada uma dessas espécies: a primeira diz respeito ao príncipe ou magistrado que faz as leis para durarem algum tempo ou de maneira atemporal e corrige ou revoga as que estão feitas; a segunda refere-se ao príncipe

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 34.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 35.

¹³⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 133.

¹³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 18ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 91.

que faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem e prevê as invasões; e a última, em que o príncipe pune os crimes e julga os dissídios dos particulares.¹³⁷

O poder é item elementar na consolidação do Estado (de Direito) e na separação dos Poderes e sua procedência é remota, já que é intrínseco aos homens. Destaca Moreira Neto que “efetivamente é inegável a afirmação de que o poder é conatural ao homem”.¹³⁸ Bobbio, em seu Dicionário de Política, define poder como “a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode referir-se a indivíduos e a grupos humanos, como a objetos ou a fenômenos naturais”.¹³⁹

Max Weber declara o poder como sempre presente dentro do âmbito político, gerando, pela conjunção de ambos, um poder político, que é “a vontade de impor a própria vontade dentro de uma relação social, ainda que contra qualquer resistência”.¹⁴⁰ Isso significa dizer que em entre grupos sociais há a relação entre mando e obediência, que, ao longo do tempo, se consolida em uma legitimidade, ou seja, aceitação social do poder. Fundamenta-se a legitimidade em preceitos material, tradicional e carismático.¹⁴¹ É, pois, o poder político, uma função social, algo inerente aos indivíduos, que tendem a relacionarem-se e agruparem-se em sociedade. Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz ser o poder político como “uma energia que flui da sociedade e a direciona”.¹⁴²

¹³⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Ediouro, 1996, p. 156. Outros teóricos clássicos se prestaram a pensar na questão da divisão dos poderes, atribuindo-se comumente a Aristóteles o surgimento da questão. A aplicação prática é encontrada, inicialmente, nas teses do estadista Cromwell, como também em John Locke e Bolingbroke.

¹³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas in FORTINI, Cristiana, ESTEVES, Júlio César dos Santos, DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). Políticas Públicas: Possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.54.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 933.

¹⁴⁰ Max Weber *Apud* CARDOSO, Fernando Henrique, MARTINS, Carlos Estevam in FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010. p. 26.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 940. Lembrando que Max Weber, conforme os preceitos mencionados, formulou os tipos puros de Poder que são exercidos por um líder: o Legal, fundado em um ordenamento jurídico, tendo como fonte as leis positivas; o Tradicional, fundado no caráter sacro do poder, tendo como fonte a tradição; e o Carismático, fundado no identificação afetiva com o líder, que detém valores morais e feitos (considerados) heróicos.

¹⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas in FORTINI, Cristiana, ESTEVES, Júlio César dos Santos, DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). Políticas Públicas: Possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.40.

Elucidado esse ponto, cumpre transcorrer sobre o princípio da separação dos Poderes, cuja elaboração teórica do mecanismo de freios e contrapesos se consubstancia na imposição de fiscalização e controle do poder pelo próprio poder, isto é, “para que não se possa abusar do poder, apregoava Montesquieu, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”¹⁴³

Desconcentrar o poder do Estado, distribuindo suas tarefas a órgãos (competentes e independentes), somada ao modelo de *check and ballances*, é justamente prevenir a ocorrência de abusos no exercício do poder político, servindo de apoio às liberdades e garantias individuais. O que não pode ocorrer é a exacerbação das atividades de um Poder, sob o risco de existir um Estado defeituoso ao que enuncia a Constituição, com comportamentos viciados e sem nenhuma possibilidade de retificação. O que se pretende evitar é um “cesarismo presidencial”, um “absolutismo parlamentar” e uma “ditadura judiciária”, oriundas de uma “deslocação do peso funcional dos órgãos estatais.”¹⁴⁴

A necessidade de um sistema de equilíbrio entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que o constituinte originário norte-americano detinha frente ao federalismo instaurado em seu território foi muito influenciado por Montesquieu, com o referido princípio da separação dos Poderes, o que acabou por influenciar no modelo organizacional brasileiro. A independência e a força equânime que cada um dos Poderes exercia habilitavam um delimitar ao outro, sem interferir em sua esfera autônoma de exercício regular das atividades. Ainda assim, fora indispensável a criação de um poder central com a austeridade dos entes federativos em não abrir mão de sua esfera política.¹⁴⁵

De tal maneira, quer-se dizer que somente o Estado Federal tem soberania no território, não portando os entes federados de nenhuma prerrogativa soberana, haja vista que a perderam assim que adentraram no Estado, mantendo, contudo, sua autonomia política. Nessa trilha, pode-se captar a noção de que cada unidade federada não pode abandonar o Estado após seu ingresso, tendo esse dispositivo sido embutido inclusive em algumas Constituições.¹⁴⁶

¹⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 18ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 92.

¹⁴⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 502.

¹⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 18ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 92.

¹⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 18ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 93.

Desse modo, atribuições legislativas e executivas são desempenhadas pelo Poder Judiciário, quando, por exemplo, envia projetos de lei complementar tratando sobre o Estatuto da Magistratura, elabora seus regimentos internos, organiza suas Secretarias e serviços etc.. De igual maneira atos judiciários são exercidos pelo Poder Legislativo, por exemplo, na competência do Senado Federal em julgar crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República, e pelo Poder Executivo, quando na instauração e prosseguimento de processo administrativo, por exemplo. Ainda, tem-se o executivo agindo como legislador, quando, por exemplo, veta projetos de lei, e o legislador agindo como executivo, quando aprova o estado de defesa, intervenção federal, autoriza estado de sítio ou suspende qualquer dessas medidas.¹⁴⁷

O princípio da separação dos Poderes enseja, então, na distinção de três funções do Estado, tais sejam a de legislar, a de administrar e a de julgar e a repartição do poder estatal, uno, para especialização em cada uma dessas funções, ou seja, divisão em três organismos, independentes e harmônicos, compostos por grupos de órgãos, cada qual absoluto em sua especialidade. Têm eles capacidade de fiscalização e controle um sobre o outro, justamente por ser ponto fundamental a divisão do poder do Estado, o que os coloca no mesmo patamar. Assim, o Executivo legisla e julga, o Legislativo julga e administra e o Judiciário administra e legisla.¹⁴⁸

Com isso, pode-se perceber que o critério utilizado, também no Brasil, é o de separação relativa dos poderes, o que dá encaixe à dinamicidade das necessidades que cada poder tem, mas encontra-se na dependência da decisão de outro poder para alcançar objetivo querido. A independência orgânica cede, mas não desaparece em nome da harmonia institucional. Nesse diapasão, o que se deve levar em consideração é o jogo de influências e o poder de barganha de cada Poder, aspirando o Sistema, com esse quadro, uma harmônica coordenação entre os Poderes e máxima eficiência do Estado.¹⁴⁹

A validade desse princípio, vale ressaltar, é tida sobre o deslinde do princípio da não-delegação, isto é, não era passível de delegação aquilo que cada um do poder tinha dentro de

¹⁴⁷ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 34.

¹⁴⁸ LOCKE, John *Apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 115.

¹⁴⁹ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 42.

sua esfera de competência funcional, mesmo que em caráter temporário, excetuando-se aquilo que a própria Constituição dispunha. Sobre o assunto, observa Locke: “O poder legislativo não pode transmitir o poder de elaborar leis a outras mãos quaisquer, porquanto, sendo o poder tão-só delegado pelo povo, os que o detêm, não o podem transferir a terceiros.”¹⁵⁰

Ainda sobre o manto teórico de Locke, faz-se imperioso sublinhar que o princípio ora em voga, da separação dos Poderes, é intrinsecamente ligado ao princípio da supremacia do Poder Legislativo. Apesar de não ser um princípio *in totum* aceito pelos contemporâneos teóricos e doutrinadores do assunto, não se pode deixar de negritar a existência daqueles que afirmam ser o Poder Legislativo responsável por resguardar e representar aqueles que são legítimos detentores do poder supremo, o povo.¹⁵¹

Apoiado no modelo de Westminster, a supremacia do legislativo historicamente traz algumas características sempre presentes, como a de que toda decisão coletiva há de ser procedimental e, portanto, falível, considerando que o neoconstitucionalismo é uma combinação de procedimentos e não um procedimento com restrições; e, colocada a escolher entre regras de decisão estritamente procedimentais, a maioria possui um valor intrínseco, que carece de outro procedimento alternativo.¹⁵²

Todavia, essa supremacia do legislativo não torna os outros poderes subordinados, dignando a todos a possibilidade de interferência e limitação, mas de maneiras determinadas. A própria separação dos Poderes terminou por consagrar a supremacia do legislativo, sendo elucidativa a motivação política do feito. O Poder Legislativo é o único ao qual a Constituição atribui duas funções legislativas, de igual relevância, quais sejam a função de elaborar atos normativos primários e a função de fiscalizar o Poder Executivo.¹⁵³

Ao final da década de 40, a supremacia do legislativo deu lugar à supremacia da Constituição. Nas palavras de Luis Roberto Barroso, “a fórmula envolvia a

¹⁵⁰ LOCKE, John *Apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 115.

¹⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 117.

¹⁵² BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. *in* CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 228. Esse procedimentalismo alternativo consistia em eleger uma regra mais completa que a regra procedimental da maioria, que resultaria em construir o funcionamento da maioria com limites determináveis, por meio de outras regras procedimentais suplementarias. (BAYÓN, Juan Carlos. op. cit., p.231)

¹⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 117.

constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário.” Hoje, apenas Reino Unido, Holanda e Luxemburgo mantêm os moldes da supremacia parlamentar.¹⁵⁴

A teoria do *interna corporis*, encabeçada por Gneist¹⁵⁵, juspublicista alemão, no ano de 1863, surgiu para justamente abster, em nome do parlamento, interferências de outros órgãos do Estado, dando aos membros da instituição parlamentar independência absoluta no exercício de suas funções e controle político do Poder Executivo. Notório que essa teoria, apesar de parcialmente concebida no modelo brasileiro atual, conforme o princípio da supremacia do Poder Legislativo, foi formulada em meio ao sistema absolutista, fortemente influenciada pela teoria do *internal proceedings* (que prescrevia isenção de controle externo ao atos parlamentares na Inglaterra).¹⁵⁶

A organização do Estado daqueles oriundos do modelo norte-americano e até mesmo a própria organização estatal dos Estados Unidos da América postula um judiciário imparcial e apolítico. Questão essa posta em xeque por diversas vezes com a presença do controle de constitucionalidade das leis, em cujo contexto já foi utilizada até mesmo a expressão “governo dos juízes”, de Edouard Lambert. É interessante vislumbrar o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao lecionar que onde há controle de constitucionalidade, se politiza a atividade dos juízes.¹⁵⁷

Não é forçoso aclarar que os julgadores podem fazer prevalecer seus anseios políticos e suas preferências pessoais em detrimento da representação popular que o legislativo exerce, tudo dentro dos parâmetros legais que a Constituição Federal confere como atribuição ao Judiciário. Apesar disso, essa situação é um risco que deve ser enfrentado, mesmo que (ainda) não haja solução, até porque a verificação de compatibilidade com a Carta Política é imprescindível, para que não ocorram excessos da utilização do poder.¹⁵⁸

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007. p. 06.

¹⁵⁵ GNEIST, Rudolf von. *Apud* SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 95.

¹⁵⁶ SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 96.

¹⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 118.

¹⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Do Processo Legislativo. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 287.

Ao se falar de judicialização da política e ativismo judicial é inevitável falar-se, também, de princípios constitucionais, especificamente os neste trabalho elencados. A separação dos Poderes, via de regra, é o princípio cuja discussão doutrinária atribui maior perda, tendo em vista a invasão do Judiciário à atribuição do Legislativo, ou seja, o Judiciário criando leis ou regulamentando as já existentes. Feita essa explanação, parte-se à discussão da judicialização em si.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Identificar as causas de um processo tão recente pode deixar falhas quanto ao seu entendimento e suas implicações. Entretanto, a via prática, tão eficaz em ambientes científicos exatos, apesar de ser a resposta mais provável para o meio das humanidades, não faz jus à fundamentação teórica que nasce como pioneira a todas as possibilidades incidentes, o que antecede qualquer tipo de problema e, conseqüentemente, sua solução.¹⁵⁹

A despeito da quantidade de estudos e pesquisas acerca da judicialização política, o tema ainda não tem valor merecido no quadro científico brasileiro. Contrário a isso, o assunto já tem vastidão prática assumida. O papel político de órgãos judiciais é, ainda, ignorado pelos debates que abrangem matérias políticas, o que faz das explicações dos resultados políticos um ponto em desfalque, já que a influência judiciária sobre a política é evidentemente grande.¹⁶⁰

Desconsiderar o rol de atribuições e prerrogativas que os tribunais possuem como influência é um erro. Por exemplo, é comum a ação dos tribunais após a aprovação das políticas públicas, isto é, em sua implementação. Contudo, o sistema político é altamente majoritário quanto à aprovação de políticas públicas (em se falando de dimensões federais), sendo consensual quando em sua implementação. Além disso, os atores políticos, como grupos de pressão, procuram o local institucional mais favorável e adequado para fazer suas contestações, o que muitas vezes faz o judiciário, por ter força de imposição, ser procurado.¹⁶¹

Não se pode olvidar que todo esse comportamento estatal se dá por vias neoconstitucionalistas, amparados por uma Constituição que funciona como norma diretiva fundamental, suprema, que ampara aos juízes poderes de controle constitucional e de controle da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Uma Constituição que se dirige aos

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 34.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 35.

¹⁶¹ KOERNER, Andrei e MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. LUA NOVA, nº57, pp. 113-133, 2002, p. 117.

poderes públicos e aos particulares, condicionando-os de tal maneira que assegura sua onipresença. É daí que incorre a via de discricionariedade dos magistrados, que legalmente legislam, apesar de fugir essa função de sua alçada de competência.¹⁶²

Entretanto, como a tarefa dos juízes é justamente garantir a efetivação das Constituições, com todos os seus princípios, diretrizes e garantias, abandona ele o papel de legislador negativo para se transformar em legislador concorrente, com o intuito de adequar cada uma das leis ao conteúdo das Constituições, fazendo valer, assim, ao mesmo tempo, junto às leis, a Constituição norma diretiva fundamental, que se afirma positivamente dentro do Direito concreto, diferentemente de uma Constituição documento, com suas regras e procedimentalismos.¹⁶³

Não obstante a isso, com o surgimento da forte e notória interação entre as instituições dos Poderes, inicia-se o movimento de “judicialização da política” e de “politização judiciária”. O primeiro é a ampliação da competência dos tribunais a partir de revisões judiciais das ações legislativas e executivas, aumentando o caráter de relação dos *check-and-balances*. Já o último pode ser entendido como sendo a expansão da organização estrutural judiciária para dentro do executivo e legislativo, que teriam tribunais e juízes administrativos – exemplificado esse fato com a existência, dentro da Fazenda Federal, de uma composição de órgãos fiscais julgadores, que, assim como na via judicial, se dividem em instâncias, com decisões monocráticas e com decisões colegiadas de Câmaras Superiores.¹⁶⁴

A judicialização política e a politização da justiça “são fenômenos universais, e o Brasil não escaparia dele. É comum o estranhamento recíproco nestes tempos de abertura de um novo trato relacional. Os prenúncios de intensificação desse contato dão a esperança de uma nova era de transparência. [...] Natural a reação dos interlocutores e mesmo a postura resistente dos magistrados mais conservadores”.¹⁶⁵

¹⁶² MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. Posfácio de MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. p. 231.

¹⁶³ PAZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambíguo. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 193.

¹⁶⁴ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 233.

¹⁶⁵ NALINI, José R. Com as próprias pernas. O Estado de São Paulo. São Paulo: 2002 *Apud* KOERNER, Andrei e MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. LUA NOVA, n°57, pp. 113-133, 2002, p. 121.

A judicialização da política parte do pressuposto de preferência dos agentes do judiciário em participar da confecção de políticas públicas, o *policy-making*, a deixá-la a cargo apenas dos parlamentares e administradores. Agindo ainda nessa etapa, os resultados posteriores, na via judicial, seriam muito mais positivos para as partes dos processos, melhorando a qualidade das leis e das políticas públicas, tendo caráter prático à sociedade e também às próprias vias judiciais.¹⁶⁶

Sendo assim, a ideia de uma política judicializada é amplamente acatada, uma vez que aumentaria as maneiras de ação dos indivíduos legitimados. Mas e quanto à ideia de uma justiça politizada? A resposta a essa proposição, de modo geral, é vista de uma forma muito normativa, tendo em vista tanto o papel atual dos agentes judiciários, quanto as propostas de ampliação e extensão eficiente de seu papel no contexto democrático do Brasil.¹⁶⁷

Cada vez mais as decisões em primeira instância possuem caráter político, ou seja, agem como canal de desburocratização do sistema político, como via eficiente de captura das práticas legislativas e em prol de agentes com fins políticos. O objetivo pode ser dos mais amplos possíveis, isto é, seja com vistas a chamar a atenção dos interessados no assunto tratado, seja para produzir precedentes que possam vir a alterar uma atual ótica de determinado tema. Evidentemente, mostra-se que o sistema judiciário é usado como mais uma forma de defender interesses dos legitimados políticos.¹⁶⁸

Apesar disso, os próprios magistrados se veem libertos da influência política, porque possuem autonomia de atuação. Para que isso não se perca, eles mesmos se protegem de ataques externos, pedindo apoio de seus membros, como os serventuários dos fóruns e de tribunais e todos os magistrados, e de seus órgãos, como os tribunais superiores e estaduais. A judicialização política pode ser vista como a mistura dessa proteção com aquela independência de atuação.

A típica utilização do termo judicialização política se faz com a inclusão dos meios judiciais como instrumento para ampliar a proteção estatal à efetividade de direitos de grupos discriminados ou excluídos, a conhecida minoria de regime democrático. Mas não só a eles,

¹⁶⁶ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 241.

¹⁶⁷ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 241.

¹⁶⁸ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 242.

como também a grupos de interesses, membros da oposição do governo (que comumente se utilizam dos meios judiciais), indivíduos isolados, Ministério Público etc.¹⁶⁹

Os tribunais agem em três óticas diferentes, descritas como a hobbesiana (referente a Hobbes), smithiana (referente a Smith) e a madisoniana (referente a Madison). A primeira se refere ao poder de proteção do Estado, quanto à segurança pública. A seguinte faz referência à economia de mercado moderna. Já a última alude às políticas públicas. Ambas têm impacto sobre o entendimento do proceder e dos frutos da entrância do Judiciário na política.¹⁷⁰

Por assim dizer, o princípio da separação dos Poderes do Estado, com seus pesos e contrapesos, estaria em muito sobre-attingido, com a intervenção de sentenças e acórdãos na política. Ademais, levando em consideração o controle constitucional que a legislação brasileira possui, estaria a democracia mais fragilizada por esse processo, já que o sistema híbrido de controle de constitucionalidade agrava esse quadro.¹⁷¹

Importante salutar também o cabimento de uma relação entre a judicialização política e a representação. Esta é definida nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “o exercício da atividade política é basicamente o exercício de representação, isto é, o parlamentar titulariza o ônus de se apresentar como eleito do povo. Isto ocorre quando o povo comete a determinado cidadão o encargo temporário de cuidar dos negócios públicos. É o que se pode rotular de representação institucional.”¹⁷²

Essa tese faz prevalecer a influência mútua da representação com a judicialização política, em que esta é inversamente proporcional àquela, ou seja, quanto maior o grau de representação, menor a judicialização política e vice-versa. Como nota Maria D. G. Kinzo, a

¹⁶⁹ CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia Política*. n° 28, pp. 161-179. Curitiba: 2007, p. 168.

¹⁷⁰ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *DADOS*, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 230.

¹⁷¹ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *DADOS*, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 242. Gilmar Mendes analisa: “O modelo de convivência entre controle difuso e concentrado produziu, na democracia brasileira, o fenômeno da judicialização da política com contornos desconhecidos na democracia madura. Derrotadas nas arenas majoritárias, as minorias políticas procuram revogar na Justiça as decisões da maioria. A politização dos atores judiciais criou o ambiente atual, em que vigoram cerca de um milhão de liminares.” (KOERNER, Andrei e MACIEL, Débora Alves, 2007:117)

¹⁷² Parecer à Consulta do Deputado Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, ao Ato da Mesa n° 42/2009, p. 16.

representação política no Brasil “reproduz à enésima potência o sistema de contrapesos do modelo madisoniano”, citado anteriormente.¹⁷³

O permanente contato e entrância uma na outra das esferas judiciais e políticas faz transparecer dois tipos de representação: a política, que pressupõe uma cidadania política, e a funcional, que pressupõe uma cidadania social. Esta é exercida pelos operadores do direito que tem como encargo a interpretação da legislação vigente e sua aplicação. Aquela é exercida pelos legalmente eleitos pelas vias democráticas.

De tal forma, “(...) se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública”.¹⁷⁴

Werneck Vianna aborda o assunto ressaltando que esse panorama de interferências de um Poder no outro é uma natural procedimentalização do direito e ampliação das ferramentas judiciais como arena pública aberta a formar juízos de valores, opiniões da sociedade e o acesso de cidadãos ao seio das instituições públicas.¹⁷⁵

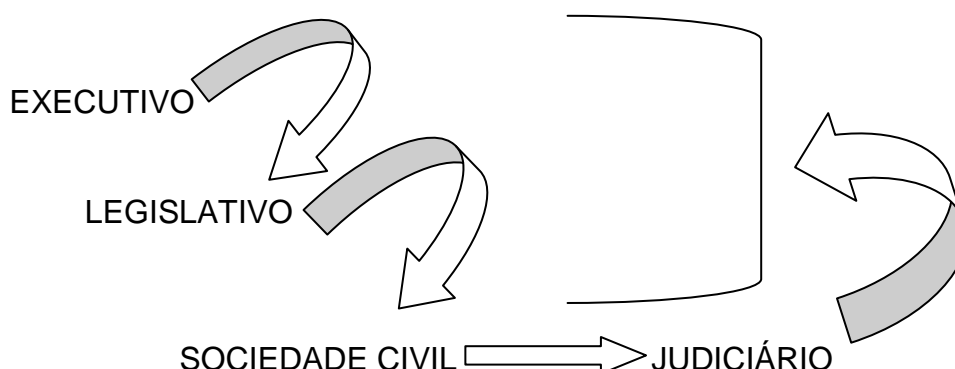
Uma interessante configuração de Werneck Vianna explica o processo de judicialização política, conforme Figura 01.

¹⁷³ KINZO, Maria D. G. A Democratização Brasileira. São Paulo em Perspectiva, vol. 15, n° 4, pp. 3-12, 2001, p. 11 *Apud* TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 232.

¹⁷⁴ WERNECK VIANA, Luiz, BURGOS, Marcelo B. e SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização Política. Tempo Social, v. 19, n° 2, pp. 39-85, 2007, p. 44.

¹⁷⁵ WERNECK VIANA, Luiz, BURGOS, Marcelo B. e SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização Política. Tempo Social, v. 19, n° 2, pp. 39-85, 2007, p. 57.

Figura 01



A democracia sofre um déficit funcional de suas instituições resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo, com suas ferramentas inúmeras que lhe atribuem o poder de legislar, e do afastamento do Legislativo com relação à sociedade civil (já demonstrada com o baixo grau de representatividade). Com isso, a sociedade, tomando frente a um sentimento de cidadania e com o trancamento das instituições públicas para atender suas demandas e expectativas, procura o respaldo do Poder Judiciário, o que explica o constante e abundante enfrentamento às leis, práticas da Administração ou omissões do Executivo quanto ao Legislativo.¹⁷⁶

No cenário político brasileiro atual, onde existe o presidencialismo de coalizão, fica à mostra que acordos políticos, barganhas e trocas de nomeações balizam a formação da maioria e, de pronto, da minoria. Interessante é o fato de pertencer a maioria à base aliada do governo, o que facilita a interação entre Executivo e Legislativo e deixa com fluidez o Processo Decisório. Além disso, com uma oposição reduzida, o embate às propostas da situação, seu travamento e discussão são menores.¹⁷⁷

Nesse sistema político atomizado do Brasil, muitos fatores limitam o processo decisório: “i) um Congresso fraco, em que a representação desproporcional fortalece os Estados pequenos, enquanto os frágeis mecanismos de *accountability* eleitoral (...) favorecem

¹⁷⁶ WERNECK VIANA, Luiz (org.). A Democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. *Apud* KOERNER, Andrei e MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. LUA NOVA, n°57, pp. 113-133, 2002, p. 123.

¹⁷⁷ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 233.

grupos de interesse e facilitam a constante troca partidária”; ii) sistema partidário composto por diversos partidos, fragmentados e regionalizados; iii) a escolha eleitoral de acordo com o candidato e não com o partido ou coligação – voto em lista aberta, o que aumenta a existência de vários partidos e permite a perpetuação de parlamentares, que por sua vez manipulam o esquema político devido a grande aquisição de influência.”¹⁷⁸

Além desses, ainda existem outros fatores, tais como: iv) a natureza jurídica do Estado e dos servidores públicos, que tendem a preservar a qualquer custo seus já enraizados privilégios dentro do sistema burocrático; v) um Senado Federal sem capacidade suficiente de agir frente a decisões de grande relevância nacional (diferentemente do Senado Americano ou Argentino, em que o Presidente do Senado é diretamente o Vice-Presidente da República, o que lhe afere importância frente às discussões e deliberações políticas); vi) o federalismo e regionalismos políticos, que garantem, assim como o era na conhecida Política dos Governadores, grande validade aos governadores frente às questões da União, principalmente às fiscais.¹⁷⁹

3.2 JUDICIALIZAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Com a pretensa constitucionalização em processamento no Brasil, a utilização dos canais judiciais como meio de atração aos objetivos particulares a cada interessado é cada vez maior. Exatamente disso decorrem três termos distintos, mas correlacionados: a judicialização, a judicialização da política e o ativismo judicial, conforme diferenciação ressaltada por Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes.¹⁸⁰

A judicialização se configura como uma transferência ao seio judicial da autoridade de dar a palavra final ao que questões morais, sociais e políticas consideram como objeto de litígio. É simplesmente a porta final que o Judiciário representa à inexatidão e imprecisões

¹⁷⁸ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 234.

¹⁷⁹ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 234.

¹⁸⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 83.

exaradas pelas relações dos membros da sociedade, sejam sociais, religiosas, políticas, econômicas etc..¹⁸¹

Portanto, ao Judiciário é aferido questões de todas as origens e não apenas uma singularmente. Para tanto, é necessário a avaliação tanto em medida quantitativa, quanto em medida qualitativa, este significando a forma de julgar do Judiciário às questões a ele propostas, impondo-lhe análise aos temas submetidos e a maneira de julgamento de assuntos inovadores e em contextos inusitados e únicos. Já a avaliação quantitativa diz respeito aos números propriamente de ações atribuídas ao Judiciário, o que demonstra maior participação deste no cotidiano dos indivíduos.¹⁸²

O aumento da competência dos órgãos do Judiciário na sua capacidade de decisão, sua credibilidade frente à ótica social e a possibilidade do item criativo nas sentenças, ora que aproxima o magistrado do fato concreto em deliberação, faz dos juízes e tribunais, já que imparciais, ideais atores na resolução de lides.¹⁸³

A judicialização apresenta três óticas que devem ser levadas em consideração, segundo José Ribas Vieira e outros, em citação de Ricardo Fernandes: a institucional, a sociológica e a lógico-argumentativa. A primeira se refere à transferência do poder decisório do Executivo e do Legislativo ao Judiciário; a seguinte vincula-se à concepção de promoção de cidadania e pacífico convívio social quando na resolução de conflitos coletivos pelos magistrados; já a última liga a lógica da argumentação política à lógica da argumentação jurídica, o que é conhecido como “domesticação da política”.¹⁸⁴

A política também pode ser objeto de judicialização, é quando insurge a “judicialização da política”. Por focar apenas na política como alvo de judicialização, a

¹⁸¹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 83.

¹⁸² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 83.

¹⁸³ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 83.

¹⁸⁴ VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE*, vol. 02, pp. 74-85, 2009, p. 76 *Apud* FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 86.

judicialização da política tem menor campo que aquela. Incide justamente na execução de jogos políticos e de politicagem, quando o Judiciário “orienta-se na pessoa de seus membros racionalmente visando por termo ou prevenir conflitos sociais decorrentes da omissão dos demais Poderes. Assim, age movido por valores éticos imanentes à vocação judicante. A função de judicialização da política é percebida pelo Judiciário como um agir que encontra aceitação consensual na sociedade.”¹⁸⁵

É quando os tribunais e os juízes adentram na esfera de tomada de decisão, seja no momento de implementação ou no de confecção de políticas públicas, ou ainda com a influência da procedimentalização autorizada pelo Judiciário, por vezes até por ele utilizada, em vista das normas do ordenamento jurídico. Sinônimo disso é dizer que o funcionamento de ambientes de tomada de decisão se comporta nos moldes do que é estipulado pelo Judiciário.¹⁸⁶

Exemplo de mecanismos judiciais da política, que trazem ao seio dos Tribunais a discussão, em princípio, do Legislativo é o mandado de segurança impetrado por parlamentar contra atos da mesa ou da presidência das Casas Legislativas que trazem prejuízos às suas atribuições e prerrogativas constitucionais. Tudo com o fito de fazer valer o devido processo legislativo, princípio trazido pela Constituição Federal de 1988.¹⁸⁷

Outro exemplo de discussão política dentro da seara judicial são a instalação da CPI, que é um direito público subjetivo das minorias, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁸. Também os sindicatos recorrem ao Judiciário para atingir as finalidades de seus interesses corporativos. De igual forma fazem os partidos políticos, atribuindo ao Judiciário o papel de via secundária da democracia representativa.¹⁸⁹

A fundamentação de legitimidade ao Judiciário em promover esse tipo de judicialização, no âmbito político, está embalada na expectativa de um agir dos tribunais e

¹⁸⁵ MENEGHETTI, Marco Antônio. Judicialização da Política no Brasil e Moderação do Poder. Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado. Brasília: 2008, p.60.

¹⁸⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 85.

¹⁸⁷ CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. Revista de Sociologia Política. n° 28, pp. 161-179. Curitiba: 2007, p. 177.

¹⁸⁸ MS 24.831, DJ: 22/06/2005.

¹⁸⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 169.

magistrados já esperado pela sociedade, que entende ser a violação à ordem legítima prejudicial e abominada em razão dos valores. Isso significa dizer que o resguardo à legitimidade está na atitude interna (afinidade e racionalidade) e na expectativa de consequências externas.¹⁹⁰

Revestido pela formalidade dos dispositivos normativos, o Judiciário age em cumprimento ao emanado pela Constituição Federal, que prescinde da concretude dos direitos fundamentais. Ainda, suscitada invasão do Poder Judiciário aos demais Poderes justifica-se pelo anseio de proporcionar segurança nas relações sociais, que por vezes, na maioria, diga-se de passagem, confundem-se com as relações jurídicas, já que aquelas quase sempre se tornam essas na proposta de se pôr fim às lides.¹⁹¹

A sentença prolatada por um magistrado ou membro de órgão colegiado é também uma decisão política, porque reconhece uma relação em que se objetam uma colocação ativa de poder e uma colocação passiva de dever (o embate de direitos e deveres). Mas sobressalente também que essa relação jurídica também se configura como uma relação de poder político.¹⁹²

Deve-se atentar ainda ao “ativismo judicial”, que consiste em uma forma de agir do Judiciário, diferentemente da judicialização da política, que se baseia na simples transposição da discussão política para o palco judicial. O ativismo, como atuação, é a maneira pela qual os representantes do Judiciário se comportam. A promoção de políticas públicas, as contestações aos atos dos outros Poderes e a utilização das normas e princípios gerais do Direito como forma de agir fora dos limites de competência são comportamentos que os magistrados assumem em forma de ativismo.¹⁹³

O ativismo pode ser classificado em duas distintas vertentes, a jurisdicional e a extrajudicial. Esta se vincula a ideia do comportamento dos magistrados perante a opinião pública e aos outros Poderes, isto é, perante a sociedade, quando expressam suas opiniões e

¹⁹⁰ MENEGHETTI, Marco Antônio. Judicialização da Política no Brasil e Moderação do Poder. Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado. Brasília: 2008, p.61.

¹⁹¹ MENEGHETTI, Marco Antônio. Judicialização da Política no Brasil e Moderação do Poder. Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado. Brasília: 2008, p.61.

¹⁹² MENEGHETTI, Marco Antônio. Judicialização da Política no Brasil e Moderação do Poder. Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado. Brasília: 2008, p.85.

¹⁹³ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 89.

justificam seus posicionamentos ao público, seja dando entrevistas ou publicando artigos ou manifestando-se publicamente de alguma forma. Já aquele se realiza quando na atuação dos magistrados nas suas atribuições típicas de tutela aos indivíduos, principalmente na prestação jurisdicional dos Tribunais Constitucionais.¹⁹⁴

Assim, é inevitável aferir que esse quadro ativista do Judiciário, quer seja negativa, quer seja positivamente, compõe a realidade prática do dia-a-dia, haja vista que as decisões dos magistrados atingem um elevado grau de pessoas, discutindo os mais variados assuntos (judicialização), inclusive a política, em prol das minorias parlamentares (judicialização da política).¹⁹⁵

3.3 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Estudos realizados no Brasil mostram que apenas 0,026% das propostas enviadas pelo Executivo ao Congresso Nacional até o ano de 2009 foram rejeitadas, confirmando a ideia de uma sempre suficiente montagem da base aliada do governo.¹⁹⁶ A questão do controle das políticas públicas envolve a limitação adequada da matéria constitucional e a matéria tratada nas políticas públicas. A Constituição, por uma via, defende a aplicação dos direitos fundamentais pelas políticas públicas, mas, por outra via, atribui poder de decisão à alocação de recursos ao Poder Executivo e Legislativo.¹⁹⁷

Essa montagem acontece com a aceitável proposta de agenda, orçamento e pauta. Ambas acordadas entre o Presidente da República e o Colégio de Líderes, capazes, assim, de prover benefícios eleitorais e políticos bastantes para somar aliados. O sucesso do processo decisório depende de um equilíbrio entre centralização e descentralização. Este acontecendo pelo multipartidarismo, federalismo e atuais regras eleitorais. Aquele, pelo forte poder

¹⁹⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis", Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 89.

¹⁹⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis", Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 161.

¹⁹⁶ FIGUEIREDO, Argelina e LIMONGI, Fernando. Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas Editora, 1999, p. 24.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: nº 9, março/abril/maio 2007, p. 36.

legislativo e orçamentário do Executivo. Esse equilíbrio se prende a vários fatores, tais como a proximidade de eleições, interesse em cargos, o assunto a ser deliberado, a popularidade do nome presidencial etc., ou seja, depende de pura conveniência.¹⁹⁸

Contudo, a relação entre o presidente e o colégio de líderes faz surgir um cartel de controle de agenda parlamentar, pertencendo somente a esses agentes a capacidade de decidir quando e o que entra em pauta no Congresso Nacional, fazendo do conceito de democracia, em que todos têm direito a voz, um mero agregado de palavras no dicionário.¹⁹⁹

O judiciário entra em ação justamente para aferir voz, não só a ela, mas também, à minoria opositora, que vê nos tribunais um *venue-seeking*, isto é, um canal para atingir aquilo que procura. Ela busca nas vias judiciais conquistar aquilo que não conseguiu nas vias legislativas, seja por perda nas votações ou seja por causa do sistema acima descrito. O mesmo é feito inclusive pelos próprios membros aliados, que buscam, de igual forma, atingir objetivos não conseguidos em meios legislativos.²⁰⁰

Importante ressaltar que os atores políticos procuram as vias judiciais para não só ter conquistas propriamente judiciais, como também para demonstrar aos que os legitimam, seu eleitorado, que ele está agindo como um verdadeiro representante escolhido democraticamente. Isso aumenta mais ainda quando o processo em debate é de cunho socialmente valorativo e muito rodado nos meios de comunicação.²⁰¹

Os tribunais podem atingir a elaboração de políticas públicas por diferentes caminhos: pronunciamentos públicos feitos por seus membros, o que faz da mídia, no caso, um importante aparato na propagação da opinião técnica de agentes judiciais e magistrados; reuniões a portas fechadas com o Executivo, o que pode ter efeito imediato, já que não há canal intermediário de comunicação entre as partes, o contato é direto; e por liminares

¹⁹⁸ FIGUEIREDO, Argelina e LIMONGI, Fernando. Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1999, p. 26.

¹⁹⁹ FIGUEIREDO, Argelina e LIMONGI, Fernando. Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1999, p. 25.

²⁰⁰ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 245.

²⁰¹ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 239.

judiciais, que têm o poder de paralisar as deliberações. É exatamente por esses motivos que os tribunais podem ser efetivos na construção de políticas públicas.²⁰²

Nesse sentido, o Judiciário pode influenciar tanto na fase de deliberação de políticas públicas, quanto em sua fase de implementação, utilizando-se de uma série de mecanismos: adiando decisões, balizando as fronteiras legais para a alteração da política pública, defendendo-a e, por conseguinte, legitimando-a perante uma emergente oposição, fazendo, dessa maneira, o controle da agenda de deliberação das políticas públicas e, possivelmente, mudando ou rejeitando propostas após sua implementação.²⁰³

Vale ressaltar que os instrumentos judiciais para tal feito são relevantemente consideráveis, havendo ação direta de inconstitucionalidade (ADI), arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), pedido de vistas, liminar, reuniões, pronunciamentos públicos, sentenças em primeira instância suficientemente fundamentadas etc.²⁰⁴

A estrutura institucional dos tribunais molda também o caráter que os resultados advindos daquele aparelho estatal terão. Quanto mais ligados os integrantes do judiciário ao seio político, mais darão uma característica também política ao órgão judicial, de um modo geral. Como conclui James Gibson, citado por Taylor, “as decisões dos juízes são uma função do que eles preferem fazer, moderadas pelo que acham que devem fazer, mas constrangidas pelo que percebem que é viável fazer”.²⁰⁵

Fazer do judiciário um “venue”, termo utilizado anteriormente para referir-se ao judiciário como via para conseguir a finalidade quista, pode ser explicado pela força que suas ações possuem. Isso se deve ao jogo de manutenção da credibilidade judiciária. A aprovação popular dos tribunais é o que impulsiona sua capacidade de manter-se sempre com alto nível de aceitação. Ora, por esse motivo, ter estratégia de funcionamento é bastante perspicaz.²⁰⁶

²⁰² TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 241-242.

²⁰³ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 243.

²⁰⁴ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 243.

²⁰⁵ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 243.

²⁰⁶ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 246.

Por exemplo, quando uma matéria a ser julgada está em alto vulgo, comentado a todo tempo por todos, ou de suma importância para o Legislativo, os tribunais são menos hostis a ela. Isso garante menos atrito entre os Poderes e mantém alta a credibilidade judiciária. Outro exemplo, já citado, é a auto-defesa que os membros do Poder Judiciário exercitam entre si, protegendo suas ações e, quando não possível fazê-lo, insulando o caso, como sendo uma exceção à regra.²⁰⁷

Como desenlace, já é sabido que o “Judiciário (...) não tem influência sobre a espada, nem sobre a bolsa; não pode dirigir nem a força nem a riqueza da sociedade; e não pode tomar nenhuma iniciativa ativa (...)”. Ele atua, em suma, com a finalidade de resolução de conflitos e como “venue” aos atores políticos, seja como um “muro de lamentações” ou como “uma efetiva arena para o exercício da democracia”²⁰⁸, em que as esferas de poder adentram umas às outras, fugindo do modelo de Montesquieu.²⁰⁹

3.4 LEGITIMIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Ora, a Carta Magna passa a ter uma posição superior frente às outras emanações normativas em um Estado Democrático de Direito, tendo em si a centralização de como devem proceder todas as outras formas de normas. Ainda nessa modalidade de Estado, a constitucionalização do Direito faz com que as normas constitucionais se apliquem de maneira frequente ao ordenamento jurídico, além de incidir de forma incisiva, balizando pormenores.²¹⁰

Frente ao neoconstitucionalismo, a posição do Poder Judiciário, em relação aos demais Poderes, resta reformulada. Isso porque o Direito Constitucional se transforma a partir de

²⁰⁷ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 235.

²⁰⁸ WERNECK VIANNA, Luiz e BURGOS, Marcelo B. Entre Princípios e Regras: cinco estudos de caso de ação civil pública. DADOS, vol. 48, n° 4, pp. 777-843, pp. 781-782 *Apud* TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 248.

²⁰⁹ HAMILTON, Alexander. The papers of Alexander Hamilton. Columbia University Press, New York: 1961 *Apud* TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS, vol. 50, n° 2, pp. 229-257, 2007, p. 248.

²¹⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 163.

elementos de hermenêutica e de atuação judicial. Assim, há a mudança clara do positivismo para o pós-positivismo, já citado acima, com alterações no pensamento constitucional.²¹¹

É a partir do Estado Social que o Judiciário começa a ganhar essa nova formulação, para “o exercício de um novo papel”, já que é “a única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação”.²¹² Ainda, a Constituição, foi ganhando nesse novo paradigma maior destaque, caminhando para o centro do ordenamento jurídico, onde todas as normas devem a ela estar ligadas.²¹³

O princípio da separação dos Poderes permanece inalterado. Contudo, é em vias práticas que se percebe que o poder dos Poderes é diferente, a depender das condições com que a Assembleia Constituinte faz a Constituição, sendo, por opção política, condicionado ao contexto histórico, mais valorizado um ou outro Poder. Então, não há quês e falar em exato equilíbrio entre os três Poderes, mas sim em harmônico equilíbrio.²¹⁴

A exemplo disso, foi o próprio Constituinte Brasileiro de 1987 que optou por dar ao Supremo Tribunal Federal autonomia e força normativa o bastante para decidir o que está de acordo ou não com a Constituição. Ou seja, foi constitucionalizado a opção do Constituinte de dar prioridade aos direitos fundamentais e aos demais princípios constitucionais, consagrados na Constituição Federal de 1988.²¹⁵

Seguindo esse raciocínio, pôde-se perceber que a Constituição Federal deve ser priorizada em qualquer discussão jurisdicional, seja para rever direitos individuais fundamentais ou direitos fundamentais válidos à coletividade (*inter partes* ou *erga omnes*). O que abre uma via de possibilidade para que o julgador, em respeito ao desejo do Constituinte, avalie, a priori, o caso concreto frente às normas constitucionais, havendo a opção de exarar

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 20-24.

²¹² WERNECK, Viana; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; e BURGOS, Marcelo B. A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2009. p. 20.

²¹³ WERNECK, Viana; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; e BURGOS, Marcelo B. A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2009. p. 20.

²¹⁴ WERNECK, Viana; BURGOS, Marcelo B.; e SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização Política. Tempo Social, v. 19, nº 2, pp. 39-85, 2007. p. 53.

²¹⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 159.

juízos positivos. Isto é, o julgador legisla em prol do ordenamento jurídico, que tem à frente a Constituição Federal.²¹⁶

Com a Constituição Federal interferindo, direta ou indiretamente, em todas as esferas sociais e com a possibilidade de discussão no Judiciário dos mais variados temas e questões sociais (políticas, morais, religiosas etc), tem-se um efetivo processo de judicialização. Este decorre diretamente do modelo neoconstitucionalista e de seus fatores internos²¹⁷, de acordo com os argumentos já explanados.²¹⁸

No panorama brasileiro, outros fatores influenciaram esse processo de judicialização, como a crise do legislativo brasileiro, com corrupção sendo cometida em massa por parlamentares e ainda sendo auxiliada pelo crédito e reconhecimento social dado aos magistrados. Outro fator é a maior facilidade de acesso ao Judiciário, por intermédio das varas, dos tribunais estaduais, federais e superiores e, por último, dos Juizados Especiais, o que demonstra uma ascensão da judicialização das relações sociais.²¹⁹

O ativismo judicial é uma realidade social, sendo que o dilema paira sobre a questão de até que ponto os juízes têm legitimidade para deliberar temas públicos de uma comunidade autônoma. Cittadino sustenta, sobre esse assunto, que “dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuarem como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como ‘teologia constitucional’ [...]”²²⁰

Ora, o texto constitucional fora confeccionado pelo Poder Constituinte originário de forma prolixa e aberta, com baixa densidade normativa, como já citado anteriormente. Até mesmo as emendas constitucionais mantiveram esse padrão de baixa normatividade, o que mantém a Constituição sempre pronta a ser utilizada nas relações jurídicas em geral. Com

²¹⁶ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. Alceu, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113. jul./dez. 2004. p. 111-112.

²¹⁷ Tais como: constitucionalização do Direito (temas do Direito tratados diretamente na Carta Magna), criação e consolidação de Cortes Constitucionais e desenvolvimento das sociedades de maneira complexa e plural.

²¹⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 163.

²¹⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 166.

²²⁰ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. Alceu, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113. jul./dez. 2004. p. 109.

isso, a interpretação dos tribunais se faz necessária para delimitar aquilo que não restou claro na Constituição ou para detalhar até onde a norma constitucional pode ir.²²¹

Isso significa que o item qualitativo e quantitativo de interpretação da Constituição Federal aumenta sua importância no ordenamento jurídico, fazendo ela presente em praticamente todas as relações jurídicas, já que as abrange genericamente. Isso explica o processo de “judicialização”, em que várias questões são levadas ao Poder Judiciário para resolução, de diferentes fontes, como sociais, econômicas, culturais, morais, religiosas, políticas, como explicitado acima, dentre outras.²²²

Após a primeira grande guerra mundial, certos países perceberam a necessidade de controle do Estado, para que não pusesse em risco seus membros-indivíduos e nem suas instituições. A solução foi dada por Hans Kelsen com a criação de um Tribunal Constitucional, que surgiu para manter à risca o que os mandamentos constitucionais impunham ao Estado. É por isso que houve óbice à adaptação do Estado Liberal ao Estado Democrático, por verem o Tribunal Constitucional como um empecilho ao regime que já existia e era julgado como próspero. A segunda grande guerra apenas confirmou a necessidade dos Tribunais Constitucionais, abrindo espaço para sua expansão e consolidação.²²³

Ademais, a instalação de uma democracia no território de um país exige a participação de todos os grupos sociais na esfera decisória. Assim como na efetivação de políticas públicas, as minorias buscam no âmbito judicial um “venue” de fazer valer o que pensam e o que anseiam frente à sobressalente maioria, que devem de maiores meios para realizar suas demandas. Não só minorias sociais, mas também as minorias parlamentares, que veem no judiciário a oportunidade de realizar o que é obstado pelas majorias parlamentares na Casa Legislativa.²²⁴

²²¹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 163.

²²² PAZZOLO, Susanna. Um Constitucionalismo Ambíguo. *in* CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 190.

²²³ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 163.

²²⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 163.

Como assevera Ernani Carvalho, “a judicialização pode ser vista como uma extensão da política por outros meios, tornando-se mais provável quando os custos de uma determinada política são muito concentrados entre um pequeno grupo de perdedores.” É exatamente a ideia de utilização do seio judicial para resolução de todos os tipos de conflito, levando em conta a amplitude que o texto constitucional atinge.²²⁵

A realidade da análise dos dados sobre a influência da Corte Constitucional na seara política demonstra uma dinâmica própria de possibilidade constitucional e constrangimento para cada país, de acordo com a profundidade da interação da política constitucional e o desenvolvimento do controle constitucional, até porque a judicialização não é um processo permanente e nem uniforme.²²⁶

O Supremo Tribunal Federal, apesar de não ser uma corte exclusivamente constitucional nos moldes dos Tribunais Constitucionais, já que também assume recursos advindos de instâncias inferiores, funcionando como uma última instância, além da ser via de ação originária, tem desempenhado relevante função quando em sua atuação política, já que para isso dispõe de suprimentos legais. Suas técnicas criativas (e também de todos os outros juízes) têm fortalecido o seu domínio sobre os resultados políticos.²²⁷

No Brasil, a recente criação dos Juizados Especiais cíveis, criminais, federais e da fazenda pública aumenta o contato com o público e torna a determinação judicial mais presente no dia-a-dia dos indivíduos, fazendo com que o âmbito judicial fique mais incrustado nas relações sociais e ganhe maior credibilidade junto à sociedade. Isso significa que a participação do judiciário na vida das pessoas obtém aumento significativo.²²⁸

A Constituição Federal ao incluir em seu conteúdo a procedimentalização legislativa deu ao Supremo Tribunal Federal o viés de manifestar-se a fim de proteger o devido processo legislativo.²²⁹

²²⁵ CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia Política*. n° 28, pp. 161-179. Curitiba: 2007, p. 175.

²²⁶ CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia Política*. n° 28, pp. 161-179. Curitiba: 2007, p. 175.

²²⁷ CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia Política*. n° 28, pp. 161-179. Curitiba: 2007, p. 175.

²²⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo*. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010, p. 166.

²²⁹ CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Revista de Sociologia Política*. n° 28, pp. 161-179. Curitiba: 2007, p. 177.

O Estado Democrático de Direito, enquanto fórmula política, não combina com o modelo de jurisdição constitucional adotado no Brasil, sendo a isso atribuída uma das causas de maior destaque a ocasionar a atual deficiência política, doutrinária e, por que não, cultural, enquanto na realização da referida fórmula.²³⁰

A abertura relevante que a Constituição Federal Brasileira de 1988 mantém, com sua baixa densidade normativa, tendo em vista a prevalência de princípios, pode dar ensejo a decisões políticas legais que desencadeiem um controle político, em revés ao controle judicial. Uma judicialização da política se justificaria, então, no sentido de somente oferecer um controle aos limites externos dos atos políticos e não uma contenção dos atos legiferantes em si.²³¹ “Apesar disso, quem se vale do viés de conveniência e oportunidade da aplicabilidade da lei é o legislador e nunca o julgador.”²³²

In factu, o fundamento de legitimidade não reside no consenso da maioria, mas sim em um valor por deveras mais importante e anterior, a igualdade de todas as liberdades fundamentais, inerentes ao ser humano, e os direitos sociais, isto é, todos aqueles direitos primordiais devidos aos indivíduos, como limites e direitos em si, frente ao turbilhão de leis e atos exarados pelo governo, seja situação ou oposição, e que estão presentes na manifestação dos grupos majoritários.²³³

²³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado Democrático de Direito como Estado de Direito Fundamentais com Múltiplas Dimensões. Disponível em: < <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2011. p. 16.

²³¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital, *Apud* SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 30.

²³² SILVA FILHO, Derly Barreto e. Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 30.

²³³ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. *in* CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003. p. 28.

CONCLUSÃO

A ação no sentido aditivo do Poder Judiciário pode ser vista como legítima, senão dentro de determinados paradigmas e utilizando-se de certos parâmetros legais. Em via contrária, essa mesma ocorrência de ato judicial aditivo vai de encontro a princípios constitucionais sustentadores do Estado Democrático de Direito brasileiro, como o princípio republicano e o próprio princípio da supremacia da Constituição. Além de levantar objeções contramajoritárias, haja vista que um juiz supostamente não tem legitimidade de decisões do legislador democrático.

Outrossim, valer-se da racionalidade no âmbito neoconstitucionalista não parece de todo absurdo, como pode mesmo demonstrar a teoria da argumentação, como a de Robert Alexy, já abordado no trabalho, que constitui um procedimento racional passível de diminuir as arbitrariedades do judiciário. Lembrando que os ideais morais não partem somente dos direitos (moral positivada), mas também dos valores democráticos, fazendo valer a vontade democrática do constituinte.

Saber dissociar a legitimidade em permitir ao Poder Judiciário a atuação positiva, legislando em benefício da sociedade e em omissão contínua do legislador, não é infringir o princípio da legalidade, que em nada destoia desse comportamento, já que próprios instrumentos legais são utilizados para que ele se realize. Tampouco o princípio da separação dos poderes é transgredido, tendo em vista que os poderes estatais coexistem e atuam, apesar da diferenciação de competências, conjuntamente, com escopo único de prover o Estado de todas os meios necessários e fazê-lo avançar de forma a contemplar suficientemente a sociedade.

Os textos normativos têm em sua confecção uma linha de construção que envolve todo um pensamento objetivo (e por vezes com premissas de vontades individuais) que segue uma tendência padrão.

O importante para vislumbrar essa situação é a ótica escolhida como forma de estudo da normatividade. Por exemplo, a teoria do direito se utiliza mais do olhar objetivador das normas, sem deixar de contar-se como participante de todo o processo. Ao passo que a história do direito inclui-se primordialmente como participante do processo e, por isso, o compreende por um foco interno a ele.

Todavia, não se pode apenas analisar as normas sem deixar de considerar manifestações de vontade provenientes de fatos motivadores essenciais, tal como uma revolução, que expressa abertamente vontades individuais demandadas pela sociedade – os direitos fundamentais. Talvez sejam eles novos requisitos sociais a serem inclusos no pacto social. O mesmo vale para os direitos humanos que garantem a saída de um estado animalesco, em que o mais adaptado prevalece sobre os demais.

Analisar apenas as reformas e as soluções já implementadas não traz a noção conveniente do caso, fazendo-se confundir eficiência com legitimidade. Dessa forma, faz-se da Constituição uma ideia longínqua de utopia social, esta sendo um projeto ideal e aquela um projeto falível, que concebe as mudanças e adequações sociais.

O desenrolar das modalidades de Estado buscam explicar a existência histórica e fática do direito e sua imperiosidade nos atuais Estados Democráticos e Constitucionais. O Estado de Direito invade uma seara que discute o que cada indivíduo merece (ou tem direito) como pessoa individual e como pessoa componente de um grupo, seja a própria sociedade civil, de profissionais, de trabalhadores etc., além de garantir também os anseios da sociedade, tida como uma.

O aproveitamento de garantias e direitos positivados por parte de cidadãos se dá por exercício próprio, não por mera comunhão de outros indivíduos. Ter o Estado Social como respaldo à ação jurídica dá a ideia de uma distribuição justa e equânime de oportunidades e chances. Entretanto, a característica distributiva não auxilia no aproveitamento, como já dito, da garantia de liberdade e integridade que a cada um deve ser concedido. Ao mesmo tempo, o Estado liberal faz a mesma leitura, afirmando que a formação jurídica da liberdade se faz por distribuição. Contudo, a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos.

Saber que dos tribunais de maiores instâncias surgem políticas públicas completamente aplicáveis aos contextos de melhorias sociais faz saber que o Estado previdência coexiste, ainda com suas divergências, com o Estado Liberal, que fornece parâmetro para que cada demanda seja submetida à análise jurídica e possa dar ignição às melhorias bem-vindas à sociedade.

Uma agressão à separação dos poderes não se constitui simplesmente com um poder estatal exercendo a atividade competente ao outro. Não há finalidade mais bem quista do que

atingir o objetivo de trabalhar de acordo com a demanda dos indivíduos, seja com os poderes atuando de forma separada ou de maneira organizada.

O arbítrio dos juízes é translúcido e deve ser aceito como parte da organização política contemporânea, como parte do neoconstitucionalismo, sendo os controles políticos externos abominados. Apenas os controles do próprio sistema judicial devem ser aceitos, como forma de minorar resquícios fálicos. Por certo, não se pode abdicar da motivação a todas as decisões judiciais, conforme sua moral (que necessariamente deve estar positivada, tendo em vista o estado de Direito), de acordo com a exigência da Constituição Federal do Brasil²³⁴, seguindo a teoria da argumentação e respeitando a segurança jurídica e o devido processo legal.

Nenhuma regulamentação, ou teoria, poderá concretizar o direito igual a uma configuração autônoma da vida privada se ela não fortalecer, ao mesmo tempo, a posição de cada agrupamento social na esfera pública política, promovendo a sua participação em comunicações políticas, no qual é possível esclarecer os aspectos relevantes para uma posição de igualdade e, quem sabe assim, interferir na subjetividade do entendimento de justiça, balizando os acontecimentos de fatos concretos, sejam eles justos ou injustos – dando oportunidade para a transação de litígios dentro desses pontos limítrofes.

²³⁴ Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARANTES, Rogério B. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo, Idesp, 1997.
- _____. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. *Trevisan*, n° 104, pp. 18-27, 1996.
- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Editora Escala, sem ano.
- ARIZA, Santiago Sastre. **La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo**. in CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.
- BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral**. in CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. **O Começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro**.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador: n° 9, março/abril/maio 2007.
- BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, democracia y constitución**. in CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- _____. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 31ª ed. Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 2009.
- CARVALHO, Ernani. **Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento**. *Revista de Sociologia Política*. n° 28, pp. 161-179. Curitiba: 2007.
- CHAUÍ, Marilena. **Filosofia**. São Paulo: Ed. Ática, 2000, pp. 220-223.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113. jul./dez. 2004.
- COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução Crítica ao Direito** – texto em construção. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/monografias/introducao-critica-ao-direito/direito-e-liberdade/8-direito-e-liberdade->>. Acesso em: 09 jun. 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1998.
- FARO DE CASTRO, Marcus. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n° 34, 1996.

- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as Possibilidades e os Limites do Ativismo Judicial no Brasil Contemporâneo**. Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”, Dissertação de Mestrado. Uberlândia: 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Do Processo Legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- FIGUEIREDO, Argelina e LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas Editora, 1999.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estado Democrático de Direito como Estado de Direito Fundamentais com Múltiplas Dimensões**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2011.
- HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, J.; HÄBERLE, P. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**. In: MERLE, J.; MOREIRA, L.(Org). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, p. 67-82.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- _____. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução Pedro Cruz Villalon. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- JUNIOR, José Geraldo de Sousa (org.), DANTAS, Arsênio José da Costa Dantas [et al.]. **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermantina e Sérgio Sérulo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. **Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KOERNER, Andrei e MACIEL, Débora Alves. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. LUA NOVA, nº57, pp. 113-133, 2002.
- MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. Posfácio de MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

- MARIANI, Fábio. **Análise sobre Defensoria Pública e Justiça, em todo o seu alcance: jurídico, social, político, e econômico.** 2008. Disponível em: <<http://www.litoralmania.com.br/colunas.php?id=796>>. Acesso em: 20 set. 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.** Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional. Num 8, 2004, pp. 131-142.
- MENEGHETTI, Marco Antônio. **Judicialização da Política no Brasil e Moderação do Poder.** Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Dissertação de Mestrado. Brasília: 2008.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Ediouro, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre o Controle Judicial de Políticas Públicas** in FORTINI, Cristiana, ESTEVES, Júlio César dos Santos, DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). Políticas Públicas: Possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PAZZOLO, Susanna. **Um Constitucionalismo Ambíguo.** in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta; 2003.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional.** Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 23, Bogotá: 2002.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones** in Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta; 2003, p. 101-135.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Editora Escala.
- SADEK, Maria T. **A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa** in M. T. Sadek (org.), Uma Introdução ao Estudo da Justiça. São Paulo, Sumaré, 1995.
- SALAMANCA, Andrés Bordali (coord.). **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.** Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile: 2006.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada.** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- _____. A Função da Jurisdição no Estado Constitucional Brasileiro. **Observatório da Jurisdição Constitucional.** Brasília: Ano 4, 2010/2011.
- SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação legislativa.** Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005.
- SILVA FILHO, Derly Barreto e. **Controle dos Atos Parlamentares pelo Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- TAYLOR, Matthew M. **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil.** DADOS, vol. 50, nº 2, pp. 229-257, 2007.

_____. Os Partidos dentro e fora do Poder: a Judicialização como resultado contingente da estratégia política. **DADOS**, vol. 51, n° 4, pp. 825-864, 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

WEBER, Max. **Três Tipos Puros de Poder Legítimo**. Tradução Artur Morão *in* WEBER, Max. Três tipos de poder e outros escritos. Tribuna da História. Lisboa: 2005 – Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/weber_3_tipos_poder_morao.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2011.

WERNECK, Viana; BURGOS, Marcelo B.; e SALLES, Paula Martins. Dezesete Anos de Judicialização Política. **Tempo Social**, v. 19, n° 2, pp. 39-85, 2007.

WERNECK, Viana; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; e BURGOS, Marcelo B. **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: Editora Podivm, 2006.