



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS

NATHÁLIA SANT’ANA DE ROSA

**A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL EXERCIDO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

BRASÍLIA-DF

JUNHO/2013

NATHÁLIA SANT'ANA DE ROSA

**A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL EXERCIDO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Monografia apresentada à banca
examinadora do Centro
Universitário de Brasília –
Uniceub, como requisito parcial
para conclusão do curso de
bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. André Pires
Gontijo.**

BRASÍLIA-DF

JUNHO/2013

NATHÁLIA SANT'ANA DE ROSA

**A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL EXERCIDO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Monografia apresentada à banca
examinadora do Centro
Universitário de Brasília –
Uniceub, como requisito parcial
para conclusão do curso de
bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. André Pires
Gontijo.**

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/____, com
menção __ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.Msc. André Pires Gontijo
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Integrante: Prof.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Integrante: Prof.
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

À Geisa, minha mãe, pelo amor e dedicação incondicionais; pelo incentivo na escolha do curso de Direito, me dando a oportunidade de ser quem hoje sou; por nunca desistir de mim; por ter como seus, os meus sonhos; por me interceder junto à Deus, pela minha felicidade e sucesso. Com grande amor e gratidão, te dedico esta conquista.

AGRADECIMENTOS

“A cada vitória o reconhecimento devido ao meu Deus, pois só Ele é digno de toda honra, glória e louvor”. Senhor, obrigada por essa conquista.

À minha família, mãe, pai e irmãos, por acreditarem na minha capacidade, sempre me apoiando, dando-me forças para nunca desistir de meus sonhos.

À minha avó, Aurora, pelo apoio e palavras de perseverança; pelo amor e carinho.

Às amigas queridas, as quais, mesmos de longe, estiveram presentes nesta caminhada; pela compreensão e amizade.

Aos meus colegas de estágio, pela paciência e disposição, me ajudando quando mais precisei.

Ao meu orientador, André Gontijo, pela dedicação, paciência e boa vontade na produção deste trabalho; .

A todos que, de alguma forma, contribuíram para que eu pudesse concretizar esse sonho, me incentivando, apoiando nessa caminhada. Este é apenas o começo da próxima jornada. Obrigada.

“A palavra é o instrumento irresistível da conquista da liberdade.”

Rui Barbosa.

RESUMO

Relatório Monográfico de pesquisa sobre a legitimidade do ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, quando interpreta normas ou supera omissões estatais. Por meio de pesquisa doutrinária, teórica e jurisprudencial foi possível investigar a origem de uma atuação positiva do STF, principalmente após o advento da Constituição de 1988, demonstrando seus fundamentos e confirmando tal atuação em julgamentos de grande repercussão. Compreendida a importância de uma Constituição para com a existência de um Estado, fez-se uma análise histórica sobre o papel da constituição, a qual se modifica em cada teoria destacada, quais sejam: teoria sociológica de Ferdinand Lassalle; teoria jurídica de Hans Kelsen; teoria normativa de Konrad Hesse; teoria culturalista de Peter Häberle. Em virtude da ampla competência postergada ao Judiciário, em especial ao STF, para sanar omissões dos outros Poderes, cumprindo sua precípua função de guardião da Constituição, torna-se a jurisdição constitucional uma garantia da constituição. Pode-se dizer, que o modelo constitucional democrático desenvolvido no país exige uma atitude positiva do STF, a fim de resguardar a força normativa da Constituição. Utilizando os pensamentos do teórico Peter Häberle, para quem uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista – como o Brasil – é aquela em que há ampla participação da sociedade, configurou-se a jurisdição constitucional brasileira como autônoma. É nesse contexto que surge o ativismo judicial, como uma atitude positiva do Supremo Tribunal Federal ante a concretização de direitos fundamentais, representando, então, uma garantia da força normativa da Constituição. Demonstrar-se-á no trabalho os fundamentos dessa postura e sua utilidade prática, por meio da análise jurisprudencial de casos de larga repercussão no país.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Jurisdição Constitucional Autônoma. Força Normativa da Constituição. Hermenêutica Constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO.....	10
1.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO.....	10
1.2 DO CONSTITUCIONALISMO ANTIGO AO MODERNO	12
1.3 TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO.....	16
1.4 DO NEOCONSTITUCIONALISMO	23
2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	26
2.1 A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	27
2.2 O CASO BRASILEIRO: UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA	31
3 DO ATIVISMO JUDICIAL EXERCIDO PELO STF	38
3.1 DOS FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL	41
3.2 ANÁLISE DE CASOS.....	44
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

Diante da nova perspectiva do Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição de 1988, redemocratizando o país, no qual se enfatiza a preocupação com a proteção dos direitos sociais, muito se discute a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal ante a falta de efetividade dos outros Poderes na concretização dos direitos fundamentais. Em virtude de sua precípua função, assim designado pelo art. 102 da Carta Magna – de guardião da Constituição – não poderia o STF se mostrar inerte frente a tais omissões, já que incorreria em violação aos preceitos constitucionais e se instalaria uma verdadeira insegurança jurídica no país.

É neste diapasão que surge o ativismo judicial, o qual é encarado no presente trabalho como uma atitude proativa do Poder Judiciário, em especial do STF, ante a concretização de direitos fundamentais, representando uma garantia da força normativa da Constituição. A grande problemática trazida à discussão é desvendar qual a legitimidade de tal postura adotada pelo STF. Logo, indaga-se: é legítimo o ativismo judicial exercido pelo STF, sobretudo na concretização de direitos fundamentais?

Pode-se dizer que, pelos mandamentos constitucionais de atribuir ao STF a guarda da Constituição e a garantia de livre acesso à justiça à todos os cidadãos, é plenamente legítima a atuação do STF, o qual concretizará direitos fundamentais quando da morosidade ou omissão dos outros Poderes estatais. Portanto, por meio da jurisdição constitucional, a qual é autônoma, torna-se possível uma postura proativa do STF na interpretação constitucional.

Objetiva-se, no presente trabalho, de forma geral, demonstrar a legitimidade do ativismo judicial exercido pelo STF diante da necessidade de concretização de direitos fundamentais, baseando-se na teoria filosófica do substancialismo, além dos pensamentos de Häberle, especialmente no que tange a caracterização do STF como uma jurisdição constitucional autônoma.

Ademais, constituem como objetivos específicos do trabalho a conceituação e entendimento da evolução do constitucionalismo, especialmente o neoconstitucionalismo desenvolvido atualmente no país. Em segundo momento, dedicar-se-á a dissertar sobre a

jurisdição constitucional. Por fim, se buscará a definir o que é ativismo judicial, demonstrando sua pertinência, por meio de casos de grande repercussão no país.

Na confecção do presente trabalho, serão utilizadas pesquisas doutrinárias, teóricas e jurisprudenciais, a fim de demonstrar plenamente a legitimidade do ativismo judicial exercido pelo STF, em especial na concretização de direitos fundamentais, um dos principais anseios da sociedade. Ressalta-se que, neste momento acadêmico, não se abordará sobre a necessária releitura do princípio da separação dos poderes de Montesquieu para legitimar o ativismo judicial, uma vez que a amplitude e profundidade exigidas pelo tema não são cabíveis no presente momento, estando fora da contextualização aqui almejada.

Num primeiro instante, serão abordados os conceitos já concebidos para os termos *constituição* e *constitucionalismo*, enfatizando-se a evolução do constitucionalismo, a importância de uma Constituição para com uma sociedade e suas mudanças de paradigmas ao longo dos séculos. Além disso, fala-se sobre o atual estágio do constitucionalismo brasileiro: o neoconstitucionalismo.

Em segundo capítulo, destaca-se a jurisdição constitucional, conceituando-a, demonstrando sua evolução e, principalmente, seu papel atualmente desenvolvido no país. Ademais, ressalta-se a teoria de Häberle, a qual enfatiza a necessidade de uma jurisdição constitucional autônoma a fim de preservar os valores de uma sociedade pluralista.

Por fim, faz-se a análise do ativismo judicial, qual é o seu conceito, sua amplitude, as críticas que permeiam em torno do tema. Além disso, destacam-se os verdadeiros fundamentos de legitimidade do ativismo exercido pelo STF no Brasil, concluindo o trabalho com a análise de casos de grande repercussão no país, demonstrando a pertinência da pesquisa aqui almejada.

1 DA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

O atual Estado Democrático de Direito Brasileiro, consagrado pela Carta Magna de 1988, é resultado de uma evolução sucedida após vários séculos, da qual surgiu o constitucionalismo moderno e, mais tarde, o neoconstitucionalismo, no qual se encontra hoje o Brasil.

Entende-se que, no intuito de se promover o pluralismo, o respeito pelos direitos humanos e a justiça social, necessário se fez a combinação entre democracia e constitucionalismo na organização de uma sociedade¹. No entanto, democracias constitucionais estão em constante conflito, gerado pelas próprias lógicas de sua existência: permeia o ideal democrático a noção de soberania popular, ao passo que, o constitucionalismo se baseia na limitação do poder estatal.²

É de notório conhecimento o atual estágio político-jurídico vivenciado pelo Brasil, qual seja, de Estado Democrático de Direito. Como tal, intitulado está na Constituição Federal de 1988, a base de todo o ordenamento jurídico, a lei suprema do país, conforme preâmbulo da própria Lei Fundamental.

No entanto, esse modelo de Estado à pouco foi implementado no país, somente se concretizando após diversas mudanças de paradigmas no mundo contemporâneo. Para análise desse tema, necessário se faz a compreensão de Constituição atualmente desenvolvida.

1.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Inicialmente, destaca-se que o uso do termo *constitucionalismo* é relativamente recente, fruto dos processos revolucionários francês e americano. Em essência, seu significado traz em si mesmo a ideia de limitação do poder e supremacia da lei (Estado de

¹ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 2.

² BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 2.

Direito)³. O próprio nome, explicitamente, insinua a existência de uma Constituição, não sendo tal associação absoluta⁴.

No que se refere ao vocábulo *Constituição*, várias são suas acepções, podendo conceituá-la, de forma geral, como organização de um ser, de maneira total ou parcial, neste caso, representando sua parte essencial, a base desta organização⁵. Entretanto, no campo jurídico, o termo originou-se do Direito Romano, o qual foi empregado durante o Império para designar as manifestações de vontade normativa do grau mais elevado, emanadas diretamente da autoridade do *princeps*. Modernamente, apesar de manter a ideia de supremacia da lei, o vocábulo vem sendo utilizado para caracterizar, principalmente, a limitação do poder.

A Constituição pressupõe a ocorrência de três ordens de limitações do poder, quais sejam: limitações materiais, caracterizadas pela preservação dos direitos fundamentais; limitação orgânica, associada à estrutura estatal, formada pelas funções de legislar, administrar e julgar, as quais são atribuídas a diferentes órgãos, independentes, mas que se controlam reciprocamente (*checks and balances*); ainda, limitações processuais, ligadas ao mecanismo do controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público⁶.

Ainda, é possível conceituá-la, de forma sucinta, sob dois enfoques: político, caracterizado pelo conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo órgãos de poder e disciplinando suas relações entre si e com a sociedade; ou jurídico, que pode ser observado de duas formas – material, que se relaciona com o conteúdo da Constituição, suas normas; formal – ligada à posição da Constituição no sistema, qual seja, de norma fundamental e superior⁷.

Logo, em síntese, pode-se conceituar uma *Constituição* como um conjunto de decisões originado de um poder constituinte, o qual estabelece normas de caráter político-

³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

⁵ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Estado de Direito e Constituição. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

social, a fim de organizar um Estado, instituindo órgãos de poder, os quais são limitados, baseados na ideia da supremacia de suas leis.

Nesse diapasão, clarividente está a ideia de que todo Estado deve ter uma Constituição, tendo em vista que é por meio dela que se organiza o Estado, através de leis, as quais são supremas e limitam o poder, garantindo, desta forma, a proteção dos valores e direitos fundamentais de toda uma sociedade. Tal ideia se difundiu por todo o mundo, no início do século XIX, influenciando o surgimento do Estado de Direito, mais ainda, o Estado Democrático de Direito⁸.

Vale ressaltar, de forma complementar, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trazido à baila por BARROSO, o qual descreve essa ideia de maneira clara:

“art. 16. Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.”⁹

Logo, é de se reconhecer a real importância de uma Constituição para com a existência de um Estado, haja vista que se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação dos valores estatais, além dos direitos fundamentais. Portanto, resguardar os ideais expostos no próprio significado do termo *constitucionalismo* – limitação do poder e supremacia da lei – é papel que deve ser desempenhado pela Constituição, papel este que se modificou ao longo das décadas, sobretudo na evolução do constitucionalismo, a seguir apresentado.

1.2 DO CONSTITUCIONALISMO ANTIGO AO MODERNO

Para um entendimento do que representa a Constituição no atual sistema jurídico brasileiro, necessário se faz a análise da evolução do constitucionalismo, seu

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5 (nota de rodapé).

surgimento, os diferentes papéis já representados pela Constituição, conduzindo, assim, ao surgimento do Estado Democrático de Direito, atualmente desenvolvido no país.

O movimento constitucional do qual se originou a sentido moderno de *constituição* tem raízes em espaços geográficos histórico e culturalmente diferenciados. Para Canotilho, “não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos – o constitucionalismo inglês, americano e francês”, os quais encara como sendo verdadeiros “movimentos constitucionais”.¹⁰

Basicamente, entende-se como constitucionalismo “a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, tal qual a teoria da democracia ou a do liberalismo¹¹. Desta forma, define o constitucionalismo moderno como “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”¹².

Numa acepção histórica, distingue o constitucionalismo moderno do antigo, caracterizando este como “o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçados da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores de seu poder” e aquele designando “o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”¹³.

Do constitucionalismo antigo, entende-se os ideais difundidos à época da Antiguidade Clássica, mais notadamente no ambiente da *polis* grega Atenas, berço do ideal constitucionalista e democrático. Foi neste contexto que se conceberam institutos até hoje conservados, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre poder

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 51.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 51.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 51.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 52.

secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos¹⁴.

Ainda neste liame, na República de Roma também havia sido implementado o ideal constitucionalista de limitação do poder. No entanto, com a ruína do sistema republicano, deu-se o início do Império Romano, da era cristã. A partir dali, o ideal constitucionalista desaparecera por anos, até o final da Idade Média, quando surge o Estado moderno.¹⁵

É neste momento histórico, sob as ruínas do feudalismo, que surge o absolutismo. Na Europa, tal movimento se consolidou através das ideias difundidas por Jean Bodin e Hobbes, para os quais a soberania, concebida como absoluta e indivisível, é atributo essencial do poder político estatal, sendo o monarca seu centro de gravidade. O monarca detinha poderes irrevogáveis e absolutos, não estando submetidos nem a controle nem a contrapeso por parte de outros poderes.¹⁶

Sob este enfoque é que surge o movimento de limitação dos poderes reais do monarca, caminhando para a posição de supremacia do Parlamento, conforme a Revolução Gloriosa desencadeara. Foi o ideal de Locke que originou a concepção da fórmula de divisão dos poderes como meio de proteção dos valores que a sociedade política está vocacionada a buscar, os quais estavam em risco, tendo em vista o poder absoluto do monarca até então estabelecido¹⁷.

Dá-se, então, o surgimento do constitucionalismo moderno, consolidado pelo princípio da separação dos poderes, como concebido por Montesquieu, para o qual era necessária essa divisão entre pessoas distintas, a fim de impedir a concentração do poder nas mãos de apenas um, opondo-se ao antigo regime absolutista¹⁸. Inicia-se a Era do Liberalismo,

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8 e 9.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 216.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 219.

berço de grandes revoluções, as quais influenciaram de forma significativa o atual Estado Democrático de Direito, sobretudo, o constitucionalismo contemporâneo, pós-moderno.

Conforme os ensinamentos de Barroso, como fruto das revoluções liberais, o constitucionalismo moderno deu à ideia de *constituição* sentido, forma e conteúdo específicos¹⁹. Destaca-se, desde logo, três grandes revoluções, ou movimentos constitucionais²⁰, que fomentaram a criação do Estado liberal.

O primeiro movimento é o historicista, encontrado no constitucionalismo inglês. Segundo Canotilho, esse modelo histórico se caracterizou pela criação de um processo justo, regulado por lei, que objetivava garantir a liberdade e segurança dos cidadãos. Ainda, a interpretação das leis do país passa a ser realizada pelos juízes – e não pelo legislador – construindo, assim, o chamado “*commom law*”. Instituiu-se, também, a categoria política de representação e soberania parlamentar. Ainda, a soberania parlamentar afirma-se como elemento estruturante da constituição mista, esta caracterizada por não permitir a concentração do poder nas mãos do monarca, antes, é partilhado por ele e o Parlamento²¹.

Seguindo neste contexto, há que se destacar o constitucionalismo francês, o qual, por meio da Revolução Francesa, procurou edificar uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos, na medida em que os direitos do homem eram individuais, já que todos nasciam livres e iguais em direitos. Essa ideia acaba por resultar numa ordem dos homens artificial, pois se constitui, inventa e reinventa por acordo entre eles mesmos. Logo, cria-se o contrato social, fundamentado nas vontades individuais, sendo certo que a ordem política era querida e conformada por todos.²²

Da união dessas duas ideias, surge a necessidade de um “plano escrito”, de uma constituição, que, ao mesmo tempo, garantisse direitos e conformasse o poder político. Torna-se, então, indispensável uma constituição escrita pelo poder originário pertencente à

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 51.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 57.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 58.

Nação, o único que, de forma autônoma e independente, pudesse criar a lei superior, qual seja, o Poder Constituinte.²³

Em última análise, ressalta-se o modelo de constitucionalismo americano, completando, assim, surgimento do constitucionalismo moderno. Neste modelo, a ideia principal foi a de limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita. Assim, a constituição era um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo, a fim de se criar e constituir um governo ligado à lei fundamental. Por via de consequência, entendeu-se que a constituição era uma lei superior, que tornava nula qualquer lei de nível inferior, as quais infringissem os preceitos constitucionais.

Diferentemente do que ocorreu no constitucionalismo inglês e francês, a qualificação da constituição como lei superior justificará a elevação do poder judicial a real guardião dos direitos e liberdades. Surge, então, a necessidade da fiscalização da constitucionalidade, conhecida como *judicial review*, feita por juízes²⁴, primeiras manifestações de criação de uma jurisdição constitucional.

Nesse diapasão, pode-se definir uma constituição moderna como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam limites do poder político”²⁵. Portanto, dessa evolução do constitucionalismo afere-se uma mudança de paradigma em relação ao papel da constituição, o qual é encarado de diversas formas, conforme teorias a seguir delineadas.

1.3 TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO

O constitucionalismo moderno, no plano das ideias e da filosofia, foi fruto dos ideais iluministas e jusnaturalistas. Desse modo, passa-se a reconhecer a existência de direitos fundamentais inerentes à condição humana, os quais independem de outorga do

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 58.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 60.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7^a ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011, p. 52.

Estado. Já no plano político, sobressaem os ideias burgueses em detrimento do absolutismo e da aristocracia²⁶.

No entanto, cabe destacar que, apesar de fenômenos contemporâneos e de igual fundamento, o constitucionalismo americano e francês sofreram influências históricas, políticas e doutrinárias diversas. Por essa razão, originaram modelos constitucionais distintos, os quais só se aproximaram na segunda metade do século XX²⁷.

Nos Estados Unidos, sempre vigorou a ideia de Constituição como documento jurídico, normativo, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. Baseava-se no contratualismo liberal de Locke e na ideia de um Direito superior. A força normativa e a supremacia da Constituição foram asseguradas desde o início pelo controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*). Diversamente, a concepção de Constituição na França era essencialmente política e sua interpretação era obra do Parlamento, e não de juízes e tribunais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apesar de seu aspecto simbólico, não tinha valor normativo, prevalecendo, na prática, os atos emanados do Parlamento. Essa neutralização de sua força normativa repercutiu por toda a Europa²⁸.

É sob esse enfoque que surge a Teoria da Constituição, a qual objetiva compreender o papel da Constituição nas sociedades, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, que gerou uma mudança de foco nos países ocidentais, erguendo-se a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, em detrimento da supremacia da lei. Este é o movimento conhecido como neoconstitucionalismo, que será analisado mais a frente.

O término do conflito mundial revelou a necessidade da busca por soluções de preservação da dignidade da pessoa humana contra os abusos dos poderes estatais. Logo, os países buscaram proteger as declarações liberais de suas Constituições de forma eficaz. É

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

por meio da justiça constitucional que se protegerá a Constituição, desfrutando esta de força de norma superior no ordenamento jurídico²⁹.

Diversas foram as concepções acerca da Constituição. Porém, cabe analisar neste contexto as principais teorias que procuraram investigar a natureza da Constituição, as quais influenciaram de forma significativa a atual concepção arraigada no Brasil. Destaca-se três teorias acerca da Constituição, sendo uma delas a síntese das duas primeiras, utilizada nos dias de hoje³⁰, como instrumento de proteção do Estado Democrático de Direito.

O primeiro conceito é o sociológico, associado a Ferdinand Lassalle. Em seu texto “A essência da Constituição”, editado em 1862, Lassalle considerou a Constituição de um país, em essência, como a soma dos fatores reais de poder que regem a sociedade, sendo esta a Constituição real que todos os países possuem. Tal Constituição poderia ou não coincidir com uma Constituição escrita, jurídica, caso esta também transcrevesse os fatores reais de poder do Estado³¹.

Segundo o próprio autor, os fatores reais do poder são “a força ativa e eficaz – que atua no seio da sociedade – que informa todas as leis e instituições vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”.³² Ainda, conceitua a Constituição jurídica como mera “folha de papel”, a qual apenas limita-se a converter tais fatores reais de poder em instituições jurídicas, logo, em Direito. Portanto, tais constituições escritas “não tem valor nem são duráveis, a não ser que expressem fielmente os fatores reais do poder que imperam na realidade social”³³. Vale transcrever tal ideia exposta pelas próprias palavras de Lassalle:

“Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.
Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição?
Com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

³¹ LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.29.

³² LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.12.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.78 (nota de rodapé).

os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas [...].”³⁴

Em vertente oposta há a concepção estritamente jurídica, elaborada por Hans Kelsen. Para tal jurista, a Constituição é vista como lei suprema do Estado, concebendo-a (e o próprio Direito) como uma estrutura formal, prescrevendo um *dever-ser*, de caráter normativo. Constituiu a ordem jurídica como um sistema escalonado de normas, em cujo topo está a Constituição, fundamento de validade de todas as demais normas que o integram:

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental–pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.”³⁵

As duas concepções apresentadas anteriormente são de grande valia para a construção do pensamento constitucional contemporâneo, o qual se caracterizou pela busca da proteção dos direitos fundamentais, indo ao encontro das formulações expostas: necessidade de uma Constituição regradada pelos fatores reais de uma realidade e o ideal de supremacia da Constituição.

Como síntese das duas teorias, surge a ideia de Constituição normativa, elaborada por Konrad Hesse³⁶. Ao diagnosticar a problemática trazida pela teoria de Lassalle, segundo o qual uma Constituição escrita não teria valor nem seria durável se não exprimisse fielmente os fatores reais de poder do Estado, Hesse condiciona a força normativa da Constituição como solução para tanto.

³⁴ LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.20.

³⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 310.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

Segundo ele, ao se adotar a tese de que as normas constitucionais expressam apenas relações fáticas altamente mutáveis, aceitando-se a sucumbência da Constituição jurídica em face da real numa situação de conflito permanente, estaria se descaracterizando a ciência normativa do direito constitucional, passando a ser, assim, como a ciência política e a sociologia, um mero estudo da realidade fática. Transcreve-se trecho da obra em apreço:

“Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que as relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política.”³⁷

Portanto, para Hesse, torna-se sem fundamento a tese apresentada pelo alemão Lassalle, a partir do momento em que se admite a existência de uma força própria, limitadora, motivadora, que ordena a vida do Estado, caracterizando-a como a Força Normativa da Constituição³⁸. Mas para que se afirme a existência de tal força, mister se faz compreender o conceito de Constituição jurídica para Hesse e a qualificação da ciência constitucional como ciência normativa.

De início, destaca que há uma relação de coordenação entre Constituição jurídica e real, oposto ao entendimento de Lassalle, para quem esta última era superior. Ainda, considerou que a Constituição não é apenas expressão dos fatores reais de poder, mas possui

³⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 11.

³⁸ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 11.

uma força normativa que orienta condutas, as quais confirmam a relação existente entre ordenamento jurídico e realidade fática³⁹:

“A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um deve-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas.”

Afirma que “toda constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo, nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento”⁴⁰, concluindo, assim, que uma Constituição a qual ignora as leis culturais, sociais, políticas e econômicas da sociedade é carente do imprescindível germe de sua força vital, logo, de sua força normativa.

A Força Normativa da Constituição deve, portanto, se adaptar a uma certa realidade. Porém, tal afirmação não é de tanto absoluta. Para que se transforme uma Constituição em força ativa, necessário se faz que haja na consciência geral não só a vontade de poder, como também a vontade de Constituição⁴¹. Explica-se: a vontade de Constituição está baseada na compreensão do valor da ordem normativa em um Estado ante ao arbítrio desmedido e disforme; que tal ordem é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos; ainda, que tal ordem necessita da vontade humana para que logre êxito⁴².

Por fim, instrumento de consolidação e preservação dessa força normativa é a interpretação constitucional. Uma interpretação adequada é “aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada sociedade”⁴³. Portanto, concretizar a força normativa de uma Constituição é meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional, ciência esta que se

³⁹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 15.

⁴⁰ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 17.

⁴¹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19.

⁴² HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 19.

⁴³ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 22.

caracteriza por ter seu objeto de estudo uma dependência em relação à realidade político-social, além da falta de garantia externa para observância de suas normas.

Atualmente, uma junção de todas essas teorias acerca da Constituição fez gerar uma real concepção da Constituição, conhecida por culturalista, conceituada como:

“ (...) um conjunto de normas fundamentais condicionadas pela cultura total, e ao mesmo tempo condicionante desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladora da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político.”⁴⁴

Essa concepção culturalista acerca da Constituição pode ser atribuída a Peter Häberle, que apresentou em sua obra uma verdadeira ampliação no tocante a interpretação constitucional.

Segundo o autor, somente por meio de uma interpretação aberta, caracterizada pela participação de toda a sociedade, a qual realmente vive as situações descritas na Constituição, é possível impor a sua força normativa, concretizando-a. Logo, não pode a interpretação constitucional ser limitada a uma sociedade fechada, na qual apenas os aplicadores do direito – juízes – a interpretam⁴⁵. Transcreve-se trecho de sua obra:

“Na posição que antecede a interpretação constitucional ‘jurídica’ dos juízes são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de ‘participante do processo constitucional’ relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública.”⁴⁶

⁴⁴ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 89.

⁴⁵ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 41.

⁴⁶ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 41.

Para ele, ainda, todo aquele que vive sob a influência das normas constitucionais, regulado por ela, é um intérprete da Constituição, sendo impensável uma interpretação sem a participação das forças produtivas – os cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública⁴⁷.

É de se concluir, então, que pelo pensamento de Häberle, a Constituição, impondo sua força normativa, exige uma participação pluralista da esfera pública na tomada de decisões, não mais se restringindo a interpretação constitucional, ao contrário, ampliando-a, permitindo que haja uma melhor aplicação do Direito posto sob a realidade fática.

Analisando concomitantemente as teorias explicitadas anteriormente, pode-se presumir que, apesar de aparentemente designarem ideias opostas, todas adotam a mesma perspectiva para sustentar a eficácia das constituições, a qual sempre dependerá:

“(…) da correspondência entre seu texto e a realidade que elas pretendem conformar; entre Constituição “folha de papel” e o conjunto de forças sociais que atuam na cena política, não importando a denominação que lhe é dada – fatores reais de poder, para Lassalle ou forças produtoras de interpretação, para Häberle”⁴⁸.

É sob a influência deste pensamento que se está consolidando o atual neoconstitucionalismo e, por via de consequência, a jurisdição constitucional brasileira, dos quais é possível auferir os fundamentos de legitimidade do ativismo judicial, consubstanciando a pesquisa aqui almejada.

1.4 DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O termo neoconstitucionalismo é utilizado para designar o movimento constitucional desenhado desde a segunda metade do século XX até os dias de hoje, o qual

⁴⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15.

⁴⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder*. Doutrina Brasileira, 2005, p. 29.

consolida uma nova formatação estatal, sob o signo das Constituições normativas⁴⁹, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, evento que cominou em suscitar uma busca incessante pela concretização dos direitos fundamentais ante ao horror vivenciado à época. Tal tendência mundial fez surgir a principal característica desse movimento, qual seja, o reconhecimento da supremacia da Constituição.

Esse ambiente é fruto dos movimentos anteriormente analisados – constitucionalismo antigo e moderno –, os quais influenciaram nas mudanças de paradigmas experimentadas no atual neoconstitucionalismo, modificando a percepção da Constituição e seu papel na interpretação jurídica em geral⁵⁰.

Verificando especificamente o caso brasileiro, objetivo do presente trabalho, o renascimento do direito constitucional deu-se por ocasião da promulgação da atual Carta Magna de 1988, momento de reconstitucionalização do país, o qual havia acabado de vivenciar um regime autoritário à época. Pode-se dizer que a transição desde regime intolerante e, ainda por vezes, violento, para um Estado democrático de direito foi, e tem sido, eficaz, logrando êxito, uma vez que a Constituição de 1988 tem conseguido propiciar o mais longo período de estabilidade institucional brasileiro.⁵¹

Do ponto de vista filosófico, o neoconstitucionalismo é marcado pelo pós-positivismo, caracterizado pela superação dos modelos puros de pensamento – jusnaturalismo e positivismo – por uma reunião de ideias difusas, inspiradas na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática⁵². Nas palavras de Barroso: “neste contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.”⁵³ É, portanto, resultado do reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 245.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249.

Ainda, sob a ótica do marco teórico, pode-se destacar três variações de paradigmas que transformaram a aplicação convencional do direito constitucional. O primeiro deles foi a atribuição de *status* de norma jurídica à norma constitucional, reconhecendo a força normativa da Constituição, seu caráter vinculativo e obrigatório⁵⁴. O segundo paradigma foi consequência da consolidação do constitucionalismo democrático e normativa: a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional⁵⁵.

Em última análise, destaca-se a expansão da jurisdição constitucional. Conforme já demonstrado anteriormente, o constitucionalismo moderno trouxe uma nova onda constitucional, um novo modelo, inspirado no ideal da supremacia da Constituição, opondo-se ao modelo de supremacia da Poder Legislativo até então utilizado. Essa nova concepção inaugura uma fase de constitucionalização dos direitos fundamentais, que passam a ser protegidos pelo judiciário, por meio de um controle próprio de constitucionalidade⁵⁶.

No Brasil, a verdadeira expansão da jurisdição constitucional se deu a partir da promulgação da atual Constituição. O motivo crucial para tanto foi “a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos”⁵⁷. Este é o tema que será abordado a seguir, aprofundando-se sobre o que é a jurisdição constitucional brasileira e qual a sua influência no que tange a legitimidade do ativismo judicial.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 263.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 264.

2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao iniciar o estudo sobre a jurisdição constitucional, mister se faz a compreensão de seu significado, principalmente no âmbito do Direito pátrio. Por *jurisdição* entende-se ser “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.”⁵⁸

Tal concepção se difere da jurisdição constitucional, uma vez que esta cuida dos conflitos de natureza constitucional; aquela atenta-se a todos os assuntos conflituosos e residuais abrigados no conceito clássico acima mencionado⁵⁹. No que tange à “matéria de natureza constitucional”, dificultoso é precisá-la exatamente, porém, conforme destacado por Sampaio, pode-se entender como “os litígios decorrentes da atividade das instituições constitucionais, assim como os processos que permitem resolve-los”⁶⁰. Sob o plano formal-orgânico, a jurisdição constitucional é prestada por um órgão especializado. Ainda, sob a ótica material, seria ela competente por exercer tal função de forma concentrada ou difusa⁶¹.

Assim, pode-se destacar alguns conceitos de *jurisdição constitucional*. O primeiro conceito a se destacar e, sem dúvida, o mais relevante deles, é o entendimento de Hans Kelsen, para o qual a jurisdição constitucional é “uma garantia jurisdicional da Constituição” e “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”.⁶²

Ainda, tem-se os ensinamentos de José Adércio Sampaio, o qual conceitua a jurisdição constitucional da seguinte forma:

⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo Cintra. Grinover, Ada Pellegrini. Dinamarco, Candido Rangel. 25^o ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 147

⁵⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 22.

⁶⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 22.

⁶¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 23.

⁶² KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 123.

“A conciliação de critérios formais e materiais, a nosso ver, poder ser conseguida com a identificação de jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, de controle da atividade do poder do ponto de vista da Constituição, com destaque para a proteção e realização dos direitos fundamentais”⁶³.

Logo, em outras palavras, pode-se destacar a ideia de jurisdição constitucional como a outorga de poderes a um órgão jurisdicional superior, com o objetivo de assegurar o exercício das funções estatais, principalmente em relação à proteção dos direitos e garantias fundamentais. É uma garantia da Constituição.

2.1 A EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Historicamente, a jurisdição constitucional se apresentou como um instrumento de defesa da Constituição, esta caracterizada como expressão de valores sociais e políticos⁶⁴. Intimamente ligada à ideia de uma jurisdição constitucional, está o princípio da supremacia da Constituição, o qual foi essencial para a criação do Estado-Nação, sendo possível encontrá-lo, inclusive, deste a Era Medieval⁶⁵. No entanto, diante das possíveis afrontas praticadas contra as normas constitucionais, desafiara tal princípio a criação de um instrumento que assegurasse sua eficácia, ensejando na formulação da jurisdição constitucional. Surgem, então, dois grandes sistemas de proteção constitucional: o sistema norte-americano e o sistema europeu.

O sistema norte-americano foi responsável pela criação de um modelo difuso de controle (*judicial review*), segundo o qual qualquer órgão judicial encarregado de aplicar a lei a um caso concreto tem o poder-dever de afastar a sua aplicação se reputar incompatível com a ordem constitucional vigente⁶⁶. Tal modelo foi desenvolvido a partir de um debate inaugurado na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury v.*

⁶³ SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 22.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores. 2011, p. 557.

⁶⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 28.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1058.

Madison. Apesar de ter como pretensão principal a resolução de um caso concreto, não efetivar a função de guardião dos valores constitucionais de forma plena, pode-se dizer que há, sim, uma jurisdição constitucional, uma vez que surge para resolver litígios constitucionais⁶⁷.

Logo, esse sistema é caracterizado por um controle repressivo, visando conter possíveis excessos praticados pelo Poder Legislativo quando da edição de uma norma. Na prática, o *judicial review* representou a superação do princípio da supremacia do Parlamento pela supremacia normativa da Constituição, confiando ao Judiciário o dever de guarda de tal supremacia, ainda que isso resultasse em invalidação de atos do Legislativo⁶⁸.

Apesar de tal competência ser atribuída difusamente por todos os órgãos jurisdicionais, cabia a Suprema Corte – órgão de cúpula do Poder Judiciário – a função determinante no campo da interpretação constitucional, em razão do princípio da *stare decisis*, ou seja, do efeito vinculante de suas decisões. Assim, competia à Suprema Corte atribuir a última e definitiva declaração no que diz respeito as questões constitucionais⁶⁹.

É possível, ainda, destacar os principais fundamentos teóricos desse modelo, quais sejam: a existência de uma Constituição escrita, vista como lei suprema, expressão da vontade originária do povo, que institui e delimita os poderes do Estado, reafirmando o princípio da supremacia constitucional; atribuição de competência a todo e qualquer juiz ou tribunal, no exercício de sua função, a possibilidade de não aplicar uma norma legislativa ordinária, pertinente ao caso, quando esta se mostrar contrária ao texto constitucional vigente; manter a harmonia do sistema judicial com base na força vinculante dos precedentes judiciais – *stare decisis*; ainda, atribuição de nulidade a lei inconstitucional, cabendo ao Judiciário apenas declará-la como tal.⁷⁰

A despeito de sua enorme influência e distinta expansão na doutrina constitucional mundial, a implementação direta e acrítica desse sistema difuso de controle de

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores. 2011, p. 558.

⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 25.

⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 26.

⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 34.

constitucionalidade em países de tradição jurídica romano-germânica se tornaria, entretanto, intrincada, dando espaço para o surgimento de um sistema de controle concentrado, principalmente na Europa continental do século XX, no qual o exame da constitucionalidade das leis é atribuída, com exclusividade, a um órgão jurisdicional independente – Tribunal Constitucional – situado na cúpula ou fora da estrutura do Judiciário. Dá-se o aparecimento do sistema de controle concentrado.

O sistema europeu foi desenvolvido como defesa aos ataques político e ideológico da Constituição. Tal sistema é conhecido como controle concentrado, uma vez que confere a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional, diverso do Poder Judiciário, a atribuição para o julgamento das questões meramente constitucionais⁷¹. Deve-se reconhecer a Kelsen como o fundador deste tipo de modelo de controle. Segundo ele, este controle seria um processo especial de revogação da lei, conforme requisitos específicos previstos na Constituição, não sendo função típica do Poder Judiciário apreciá-lo, e, sim, uma função constitucional autônoma, podendo ser caracterizada como função de legislar negativamente⁷².

Diferentemente do que ocorre no sistema de controle difuso – em que a inconstitucionalidade da lei é mero reconhecimento da nulidade, tendo a decisão que a proclama natureza declaratória, com efeitos retroativos (*ex tunc*) e restritos as partes (*inter partes*) – aqui, a lei inconstitucional é válida até a sua anulação pela Corte Constitucional, tendo a decisão conteúdo constitutiva, com efeitos prospectivos (*ex nunc*) e extensíveis a todos os cidadãos (*erga omnes*)⁷³.

Vale ressaltar que o desenvolvimento de jurisdições constitucionais diversas deu-se em razões de ordem sócio-política e prática. Na Europa, o constitucionalismo se expandia em sociedades divididas, com ideologias conflitantes, enquanto o constitucionalismo norte-americano aperfeiçoou-se em ambiente social e ideológico mais harmonioso, sendo natural, portanto, que na Europa houvesse a implementação de concentração das decisões constitucionais, por sua relevância política, em um único órgão.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1057.

⁷² BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 37.

⁷³ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 36.

Ainda, com relação a prática, a introdução do sistema difuso em países de tradição romano-germânico, não vinculados ao ideal da *stare decisis*, típico dos sistemas de *common law*, se mostrou problemática⁷⁴.

Ocorre que, nesses países, é possível a aplicação de uma lei por alguns juízes e a não aplicação da mesma, em razão de inconstitucionalidade, por outros juízes. Ainda, a aplicação de efeitos apenas entre as partes seria de todo inconveniente, pois obriga o cidadão à propor ação idêntica quando interessado na mesma questão, não sendo certo a obtenção de igual solução. Dar-se-ia uma completa insegurança jurídica, conflitos sociais e total descrédito com as instituições jurídicas. Assim, por essas razões se justifica a adesão dessa jurisdição constitucional concentrada por diversos países de tradição romano-germânica, bem como o Brasil que, devido as suas peculiaridades, adotou um sistema híbrido, no qual coexistem o método difuso e concentrado⁷⁵.

Não obstante as contribuições trazidas por esses dois sistemas ao que diz respeito a colocação da jurisdição constitucional como instituição política essencial à garantia da supremacia da Constituição, reconhece-se que a metodologia da revisão jurídica tradicional até então utilizada era vinculada ao modelo de uma sociedade fechada⁷⁶.

Explica-se: considerando que interpretar um ato normativo é fazer a subsunção dele à realidade pública⁷⁷, uma norma não seria uma decisão prévia, simples e acabada, sendo, por isso, necessário que se indague sobre os participantes desse processo de interpretação da norma⁷⁸. Logo, uma sociedade fechada é aquela na qual fazem parte da

⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 40.

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 41.

⁷⁶ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 9.

⁷⁷ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 10.

⁷⁸ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 10.

interpretação constitucional apenas os agentes jurídicos “vinculados às incorporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional⁷⁹.

No entanto, segundo teoria de Häberle, uma hermenêutica constitucional adequada à uma sociedade pluralista – ou sociedade aberta – é aquela em que, “no processo de interpretação, vincula-se todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”⁸⁰. Logo, é preciso ampliar os participantes do processo constitucional, de modo a se consagrar uma real integração da realidade para com o processo de interpretação. Assim, “o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática”⁸¹.

2.2 O CASO BRASILEIRO: UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA

No Brasil, diversamente do outros países, adotou-se um sistema diferenciado de controle de constitucionalidade, uma vez que é possível encontrar características marcantes dos dois sistemas anteriormente apresentados. Historicamente, a introdução de um sistema de controle de constitucionalidade se deu de forma difusa, influenciado pelo direito norte-americano, na Carta Magna de 1891⁸².

Contudo, devida as diversas diferenças culturais dos países – Estados Unidos de tradição anglo-saxônica e Brasil de tradição jurídica romano-germânica – , necessário se fez a correção dos problemas trazidos à baila pelo sistema puramente difuso, dentre eles, a insegurança jurídica, resultado da ausência de um sistema de vinculação dos precedentes, como a *stare decisis*, e a multiplicidade ações idênticas⁸³.

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 13.

⁸⁰ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 13.

⁸¹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 10.

⁸² BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 123.

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 124.

Desta forma, a jurisdição constitucional brasileira evoluiu, ao ponto de se tornar um sistema tido como híbrido⁸⁴, uma vez que possibilita ao juiz ou qualquer tribunal, de forma difusa e incidental, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativa na solução de litígios concretos submetidos à sua apreciação. Ainda, reserva ao Supremo Tribunal Federal a competência para dirimir as questões de natureza constitucional, de forma concentrada, já que cabe apenas à ele essa cognição.

Destaca Luís Roberto Barroso que a expressão “jurisdição constitucional” compreende a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. Na realidade brasileira, em que todos os juízes e tribunais tem competência para tanto – estando o STF no topo desse sistema –, são duas as atuações particulares⁸⁵:

“A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o interprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição).”⁸⁶

Ainda, traz o conceito de judicialização, fenômeno atual e recorrente, que vem ampliando a jurisdição e o discurso jurídico, conseqüentemente, gerando uma drástica mudança no modo de agir e pensar o direito no mundo romano-germânico⁸⁷. Tal situação demonstra que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Segundo ele:

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. *Revista da OAB*. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em: 02/04/2013.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 359.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 359.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 360.

“*Judicialização* significa que questões relevantes do ponto de vista político, social e moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.⁸⁸”

É preciso assinalar que, no Brasil, a judicialização decorre, principalmente, de dois fatores: “o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional”. Nesse diapasão, a judicialização se designa como um fato irresistível, uma situação que decorre do próprio sistema institucional vigente, não sendo uma opção política do Judiciário. Logo, juízes e tribunais não tem a opção de se pronunciarem ou não quando provocados pela via adequada.⁸⁹

A verdadeira expansão da jurisdição constitucional, no Brasil, se deu a partir da promulgação da Constituição de 1988, haja vista a ampliação do elenco de legitimados ativos à propositura da ação no controle de constitucionalidade, transformando este controle em instrumento disponível à todos, inclusive às minorias políticas, deixando de ser monopólio do governo.

Além disso, ressalta-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, quais sejam, ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental⁹⁰. Pode-se dizer, então, que até a promulgação da atual Carta Magna, a jurisdição constitucional abstrata brasileira:

“[...] era uma *questão de Estado*, da qual os cidadãos estavam completamente alijados. Um caso exemplar e emblemático de *sociedade fechada de intérpretes da Constituição*, no qual o cidadão é reduzido à

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 360.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 264.

condição de mero espectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional⁹¹”.

Logo, é de se notar que a ideia de “sociedade fechada de intérpretes da Constituição” foi modificada com a expansão da jurisdição constitucional. Hoje, vigora o ideal de jurisdição constitucional autônoma ou aberta, exercida, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal. Deve-se à Häberle a originalidade da teoria, segundo o qual a interpretação da Constituição se conjuga com a ideia de Democracia, participação de todos, não restringindo tal atividade apenas aos juízes do Tribunal Constitucional:

“Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos no processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos “órgãos oficiais”, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que não se reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo.”⁹²

É pressuposto do conceito de Jurisdição Constitucional autônoma a existência de uma instituição independente frente a outros órgãos estatais e constitucionais, com funções e competências determinadas⁹³. No Brasil, pode-se dizer que é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual incube o dever de guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CF) e proteção dos direitos fundamentais (preâmbulo, CF), já que suas características o enquadra em tal definição desenvolvida pelo professor Peter Häberle.

Para ele, para que uma jurisdição constitucional seja considerada autônoma, é necessário que possua sete características, dentro de um rol exemplificativo. A primeira delas corresponde à natureza de “órgão constitucional”, ou seja, suas competências mais

⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 128.

⁹² HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 24

⁹³ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 197.

relevantes necessitam estar ancoradas no próprio texto constitucional, o que, no caso brasileiro, é garantido pelo rol de competências atribuídas ao STF no art. 102 da Constituição Federal⁹⁴.

Ademais, a garantia da independência funcional (art. 2º, CF) é irrenunciável, já que precisa assegurar o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF) por intermédio do cumprimento de suas decisões por outros órgãos. Ressalta-se que, no Brasil, as decisões proferidas pelo STF tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante contra os demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública de todas as esferas da Federação⁹⁵.

Secundariamente, tem-se a legitimação democrática, a qual é garantida quando da escolha dos componentes do órgão constitucional. Neste caso, os Ministros do STF, após inclinação do Presidente da República, são submetidos a arguição pública no Senado Federal e, a seguir, por votação secreta, são (ou não) aprovados para o cargo e nomeados pelo Presidente, conforme art. 52, III e art. 101, parágrafo único, da CF⁹⁶.

Ato contínuo, é necessário manter efetividade do princípio da publicidade. Sendo um princípio básico de organização para o processo de Jurisdição Constitucional, haja vista seu status de direito fundamental (art. 5º, LX, CF), preserva-se sua eficiência na prática por meio da leitura dos votos em audiência pública ou da revisão da jurisprudência⁹⁷.

Como quarta característica destaca-se a atividade jurisprudencial racional, que se relaciona com a aplicação da lei e do direito como uma evolução da Constituição, revista em seus métodos de forma racional e, por vezes, criativa. Nessa perspectiva, o Tribunal Constitucional pode (e deve) criar seu próprio direito processual segundo princípios

⁹⁴ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 199.

⁹⁵ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 199.

⁹⁶ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 199.

⁹⁷ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 199.

gerais do Direito. É o que ocorre quando o STF, através de sua jurisprudência, elabora o processo constitucional e os procedimentos do instituto do *amicus curiae*⁹⁸.

A colocação da jurisdição como instituição necessária para a existência e desenvolvimento do Estado Constitucional, através de uma estrutura comum mínima de competências e funções que se arranjam em determinadas formas de controvérsias é a quinta característica necessária para uma jurisdição constitucional ser autônoma. Dentre as funções e competências trazidas pela Constituição brasileira, destacam-se os controles normativos concretos, hipóteses de recurso extraordinário (art. 102, II, CF) e abstrato, através dos instrumentos ADI e ADC (art. 102, I, a, CF), e ADPF (art. 102, § 1º, CF)⁹⁹.

A sexta característica se relaciona com funções específicas, como (a) primazia da Constituição, com a proteção da democracia e do Estado Democrático de Direito, por meio do controle de constitucionalidade (abstrato ou concreto); (b) garantia evolutiva dos direitos fundamentais diante de pactos internacionais de direitos humanos; (c) garantia do pluralismo e a proteção das minorias; (d) equilíbrio das funções de Poder do Estado¹⁰⁰.

Por derradeiro, a última das características e a mais atual delas. Refere-se a jurisprudencialização do Direito, uma vez que se promove a atualização (cautelosa) da Constituição, a qual resulta em uma releitura do pacto social até então desenvolvido em uma dada comunidade¹⁰¹. Nesse sentido, destaca-se a iniciativa do STF em promover uma síntese eletrônica da Constituição Federal interpretada por sua jurisprudência (“A Constituição e o Supremo), a qual é acessível à todos¹⁰².

Logo, as sete características assinalam, segundo Häberle, uma teoria para a jurisdição constitucional, na qual enquadra-se o Supremo Tribunal Federal. É nessa perspectiva, a adoção de uma jurisdição constitucional autônoma pelo Brasil como garantia da

⁹⁸ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 200.

⁹⁹ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 201.

¹⁰⁰ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 201.

¹⁰¹ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 202.

¹⁰² GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 202 (nota de rodapé).

Constituição, que abre-se caminho para uma atitude ativista do Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional suprema, quando do julgamento de um caso concreto. Este é o tema a seguir abordado, caracterizando-se o ativismo judicial, seus fundamentos e os casos concretos de maior repercussão no cenário brasileiro.

3 DO ATIVISMO JUDICIAL EXERCIDO PELO STF

O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo no que tange a tomada de decisões de larga repercussão, voltadas para a concretização de direitos fundamentais, sendo o centro de discussão, até mesmo, de questões de natureza política. Toda essa sistemática se deu, principalmente, após o advento da Constituição de 1988, a qual instituiu um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito no país, ampliando a jurisdição constitucional a fim de resguardar os direitos fundamentais, agora constitucionalizados.

Vale ressaltar que tal ocorrência não é peculiaridade do Brasil, haja vista que em várias partes do mundo, ainda que em épocas diversas, supremas cortes ou cortes constitucionais estiveram em evidência como protagonistas de decisões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade”¹⁰³.

Da análise dos temas até aqui abordados, percebe-se que a Constituição de 1988 consagrou novos mecanismos capazes de impor força normativa ao seu texto, ampliando a jurisdição constitucional até então disposta, entregando ao Poder Judiciário a competência para impor e resguardar suas normas. Desde então, atribuiu, de forma expressa, ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CF). Ainda, garantiu que lei alguma excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5, XXXV, CF).

É nessa perspectiva que surge o ativismo judicial, como meio de garantir a força normativa da Constituição quando da atuação do Poder Judiciário, em especial o STF, seja respeitando sua precípua função, seja evitando uma possível omissão do Estado, a fim de tornar efetivos os direitos fundamentais. O conceito de ativismo é de todo complexo, uma vez que muitas são as acepções trazidas pela doutrina, a fim de explicar tal fenômeno.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 06/04/2013.

O termo *ativismo judicial* surge nos Estados Unidos e foi empregado, sobretudo, para designar a atuação da Suprema Corte durante o período de presidência de Earl Warren, entre 1954 e 1969. Nessa época, houve uma profunda e silenciosa revolução no que tange as práticas políticas daquele país, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer interferência do Congresso ou atos presidenciais. Assim, a expressão assumiu conotação negativa, equiparado ao exercício irregular do poder judicial¹⁰⁴.

Na atual doutrina brasileira, destaca-se o conceito adotado por Luís Roberto Barroso, o qual atribui o ativismo como uma atitude, uma escolha proativa de interpretar a Constituição, levada a efeito por juízes ou tribunais, ampliando seu alcance. Ainda, considera que o ativismo representa uma maior participação do Judiciário no que tange a concretização das normas constitucionais, interferindo no âmbito de exercício dos outros Poderes, entretanto, por vezes, sem gerar conflitos, mas mera “ocupação de espaços vazios”¹⁰⁵. Assim, destaca ele o seguinte conceito:

“[...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”¹⁰⁶

Em concordância com tal doutrinador, acrescentando, ainda, a ideia de ativismo como criação judicial do direito, tem-se os ensinamentos de Inocêncio Mártires Coelho, para quem o ativismo não constitui excesso no exercício da função jurisdicional, ao revés, demonstra sua indispensável e assumida participação na construção do direito juntamente com o legislador. Segundo ele:

¹⁰⁴BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 364-365.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 365.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 06/04/2013.

“[...] não temos receio em dizer que aquilo que se chama, criticamente, de *ativismo judicial* não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, antes traduz a sua indispensável e assumida participação na tarefa de construir o direito *de mãos dadas com o legislador*, acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas. Pensando bem, *ativismo* é, apenas, uma palavra nova com que se critica a velha criação judicial do direito.”¹⁰⁷

Em contrapartida, ressalta-se o conceito crítico de ativismo adotado, principalmente, pelos autores Elival da Silva Ramos e Saul Tourinho Leal. Este assevera que o termo está associado à ideia de extrapolação de competência por parte do Judiciário¹⁰⁸. Aquele, entende que por ativismo deve-se compreender o exercício da função jurisdicional fora dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico pátrio¹⁰⁹. Em suma, para ambos, o conceito de ativismo é considerado como desrespeito aos limites estabelecidos pela lei, caracterizando um comportamento negativo em face do sistema de separação dos poderes atualmente instituído pela Carta Magna¹¹⁰.

Diante dos conceitos acima assinalados, percebe-se que, conforme destacado em capítulo anterior, o ativismo está intrinsecamente ligado à ideia de judicialização, em razão da crescente transferência de temas políticos a serem decididos na seara do poder judiciário atualmente. No entanto, não se deve confundir os dois fenômenos, em razão de suas peculiaridades: a judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do próprio sistema institucional brasileiro; o ativismo, por outro lado, é uma atitude, o modo proativo como se interpreta a Constituição, expandindo seu alcance e sentido.¹¹¹

Apesar das críticas e dos diversos conceitos adotados para uma mesma expressão, entender-se-á ativismo judicial como a atitude proativa do Poder Judiciário, em especial do STF, ante a concretização de direitos fundamentais, representando uma garantia

¹⁰⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo Judicial ou criação do direito?* Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>, acesso em 06/04/2013.

¹⁰⁸ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 24.

¹⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129 e 138.

¹¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo Judicial ou criação do direito?* Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>, acesso em 06/04/2013.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 366.

da força normativa da Constituição. Os principais fundamentos de legitimidade desta postura do STF será tema de destaque a seguir apresentado.

3.1 DOS FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL

Consubstanciado o conceito do ativismo judicial, o qual será considerado, para o presente trabalho, como uma atitude ativista tomada pelo Poder Judiciário, em especial pela Suprema Corte, quando o intérprete, se utilizando da discricionariedade que lhe é conferida, formula regras específicas de conduta através de enunciados vagos constitucionais, ultrapassando a velha técnica de mera subsunção da lei ao fato, ampliando a interpretação da norma constitucional, necessário se faz demonstrar que tal postura é perfeitamente aceitável no atual Estado Democrático de Direito brasileiro.

O grande papel de um tribunal constitucional, como bem destacado por Barroso, papel este que cabe ao STF, no caso do Brasil, é o de proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar os ideais postos pela democracia¹¹². Pois bem. A atual Constituição, instituindo o país como um Estado Democrático de Direito, estabeleceu a separação dos poderes¹¹³, sob influência dos ideais liberais trazidos por Montesquieu.

A tradicional visão liberal do direito, formulada como meio de limitar o poder do Estado, contribuindo com a falência do regime absolutista até então vigente, dividiu-o em três – Legislativo, Executivo e Judiciário – os quais tem competências específicas e são independentes e harmônicos entre si. Dentre as diversas peculiaridades dessa teoria, destaca-se a de acomodar o Legislativo em posição de supremacia ante os outros poderes, ao mesmo passo que o Judiciário se torna um poder nulo, “a boca da lei”, mero aplicador da norma ao fato concreto, diante do princípio da legalidade.¹¹⁴

Entretanto, mister se faz a adoção de uma nova visão da separação dos poderes, diversa desta concebida por Montesquieu, tendo por base uma natural exigência do

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 371.

¹¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Planalto, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: 06/04/2012.

¹¹⁴ ÁVILA, André Cambuy. O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/701/479>, acesso em 06/04/2013.

própria constituição brasileira, diga-se mais, do Estado Democrático de Direito. É o que se desprende do seu art. 102, o qual transforma o STF em guardião da Constituição, cabendo a ele anular todos os atos que contrariem a lei maior, em razão de sua força normativa. Da análise dos pressupostos já expostos no presente trabalho, clarividente está a ideia de jurisdição constitucional como garantia da Constituição. Logo, é desta forma que o Judiciário cumprirá sua precípua função, o qual o transforma em última arena de debate, ou seja, quem dá a última palavra.

É nessa perspectiva que se encontra o ativismo judicial, uma vez que analisando-se a forma como se interpretou as normas constitucionais é que se considerará o tribunal ativista ou não. Assim, a Constituição, impondo sua força normativa, necessita de uma participação pluralista da esfera pública quando da tomada de decisões, ampliando-se a interpretação constitucional, para que se tenha uma melhor subsunção da lei à realidade fática.

No Brasil, a partir de 1988, com a ampliação dos legitimados a propositura das ações diretas perante a Suprema Corte, no intuito de proteger e promover os direitos fundamentais de forma mais eficaz; ainda, com a instituição de novos meios que garantam esse direito, é possível caracterizar o STF como uma jurisdição constitucional autônoma, influenciada pelas ideias de Häberle, já que este tribunal se enquadra dentro as características trazidas à baila por tal doutrinador.

Verifica-se, portanto, uma mudança de perspectiva que autoriza a postura ativista do Supremo, através de um processo hermenêutico, orientado por princípios, produzindo decisões dotadas de valores, já que a ele cabe a guarda da Constituição, a qual, como lei suprema que é, dotada de força normativa, não permite que o Judiciário se mantenha inerte frente a sociedade, mesmo que, para isso, adote uma posição proativa, ampliando a interpretação constitucional, proferindo decisões, por vezes, de natureza política – função atípica - , capazes de concretizar direitos fundamentais, cumprindo, assim, com sua obrigação constitucional¹¹⁵. Assim, percebe-se que o ativismo judicial é atitude que advém do próprio modelo constitucional instaurado pela Carta Magna, não se podendo falar que tal interpretação violaria quaisquer princípios constitucionais.

¹¹⁵ HARTMANN, MichéleChalbaud Biscaia. A judicialização das políticas públicas e releitura da separação dos poderes: diálogos entre procedimentalismo e substancialismo. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Michelle-Chalbaud-Biscaia-Hartmann.pdf>, acesso em 06/04/2013.

Esta é a visão adotada pela teoria filosófica do substancialismo, a qual é utilizada como base no presente trabalho. Nessa vertente, que concebe a Constituição como conjunto de valores, torna-se inerente a imputação de maiores poderes aos julgadores, em razão de atuarem delimitando o conteúdo e o significado do direito e dos princípios conferidos pelo texto normativo, em consonância com a realidade fática cultural, temporal e geográfica. Neste ínterim, a jurisdição constitucional é colocada como um mecanismo de construção da própria Constituição, já que permite a adaptação do texto normativo à realidade social.¹¹⁶

Salienta-se, nesta mesma linha de pensamento, os dizeres de Mauro Capelletti, para quem a atividade exercida pelo juiz não é mera interpretação e aplicação da lei e sim uma atividade criadora, legisladora, levando-se em conta a premissa de que todo texto normativo emanado do legislador deixa margem a ser preenchida pela via judiciária. A dificuldade que se coloca é qual o grau de criatividade, limites, para a criação do direito pelo judiciário, já que o juiz criador não pode agir com arbitrariedade¹¹⁷.

Conclui, então, que os juízes, ao interpretarem uma norma, são coagidos a criar direito, o que não significa legislar, já que os processos legislativos e jurisdicional possuem relevantes diferenças. Apesar de ambos resultarem em criação do direito, a forma como se constroem é diferente, uma vez que o juiz, ao interpretar e criar o direito, deve estar livre de pressões, atuando com imparcialidade, independência, sempre respeitando o contraditório, além de depender de prévia provocação das partes interessadas. Tais condições não se aplicam aos demais poderes políticos, o que os diferencia do Judiciário¹¹⁸.

Portanto, o ativismo judicial se torna inevitável, haja vista que, considerando a ideia de que toda lei necessita de interpretação para ser concretizada e aplicada, imprescindível é o uso da criatividade por parte do juiz para tanto. Contudo, tal

¹¹⁶ HARTMANN, MichéleChalbaud Biscaia. A judicialização das políticas públicas e releitura da separação dos poderes: diálogos entre procedimentalismo e substancialismo. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Michelle-Chalbaud-Biscaia-Hartmann.pdf>, acesso em 06/04/2013.

¹¹⁷ HARTMANN, MichéleChalbaud Biscaia. A judicialização das políticas públicas e releitura da separação dos poderes: diálogos entre procedimentalismo e substancialismo. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Michelle-Chalbaud-Biscaia-Hartmann.pdf>, acesso em 06/04/2013.

¹¹⁸ HARTMANN, MichéleChalbaud Biscaia. A judicialização das políticas públicas e releitura da separação dos poderes: diálogos entre procedimentalismo e substancialismo. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Michelle-Chalbaud-Biscaia-Hartmann.pdf>, acesso em 06/04/2013.

atuação do juiz não supre a atividade legislativa, o que, por via de consequência, não se mostra como lesão ao princípio democrático, em virtude de o Judiciário, sem influências políticas, poder contribuir com a democracia, mantendo harmonia entre os poderes¹¹⁹.

Assim, sob essa perspectiva, é possível afirmar que tornou-se muito difícil não se reconhecer a feição ativista do poder judiciário, em destaque para o STF – guardião supremo da Constituição –, diante da necessidade de concretização dos direitos fundamentais, em virtude da amplitude própria de tais direitos, o que abre espaço para a interpretação criativa por parte do julgador. Tal postura, no entanto, não deve ser vista como algo prejudicial, pois esta é uma maneira, eficiente, de concretizar esses direitos, adaptando-os à realidade, garantindo a justiça social¹²⁰.

Nessa ótica, demonstrado o ativismo judicial, é de todo relevante destacar a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal em casos de grande repercussão no país, que em seus julgamentos, utilizando-se de uma interpretação criativa, foi possível criar direito novo, não contemplado pela Constituição expressamente, concretizando direitos fundamentais, sempre dentro de certos limites. É o que será analisado a seguir.

3.2 ANÁLISE DE CASOS

Superada a questão em torno da legitimidade do ativismo judicial, tendo em vista que este é autorizado pela própria Constituição Federal, a fim de se evitar violações contra ela, conforme demonstrado anteriormente, passa-se a analisar a atual jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, ilustrando casos típicos em que o STF atuou além de sua esfera, interpretando a norma de forma criativa, muitas vezes, com base no princípio da interpretação conforme a constituição, adotando tal medida como alternativa legítima de superar omissões constitucionais.

O primeiro caso é o Mandado de Injunção 708-0/DF, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa/PB – SINTEM em

¹¹⁹ HARTMANN, MichéleChalbaud Biscaia. A judicialização das políticas públicas e releitura da separação dos poderes: diálogos entre procedimentalismo e substancialismo. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Michelle-Chalbaud-Biscaia-Hartmann.pdf>, acesso em 06/04/2013.

¹²⁰ HARTMANN, MichéleChalbaud Biscaia. A judicialização das políticas públicas e releitura da separação dos poderes: diálogos entre procedimentalismo e substancialismo. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Michelle-Chalbaud-Biscaia-Hartmann.pdf>, acesso em 06/04/2013.

face do Congresso Nacional, no qual se questionou omissão legislativa do Congresso Nacional no que tange a regulamentação do inciso VII do artigo 37 da CF/88, que trata do direito de greve dos servidores públicos civis, pleiteando, ao final, “a supressão da omissão do Poder Público, mediante elaboração de norma para o caso concreto, a fim de viabilizar o imediato exercício do direito de greve por parte dos servidores associados ao sindicato impetrante”.¹²¹

Preliminarmente, o Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes demonstrou o cabimento do mandado de injunção como meio de proteção a direitos subjetivos sujeitos a expedição de ato normativo ainda não regularizado, suprimindo a mora do poder público, haja vista a evolução da jurisprudência do tribunal nesse sentido, conferindo compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção.¹²²

Apesar da diferença fundamental entre mandado de injunção e ação direta de controle por omissão, já que esta se enquadra em “ (...) processo objetivo, podendo ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico”, aquele destinando-se à “proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico”, o tribunal passou a atribuir efeito erga omnes a decisões proferidas em sede de mandado de injunção, já que entendeu que “o poder constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle de omissão idênticas consequências jurídicas”.¹²³

Superada tal preliminar, sustentou o relator a possibilidade do tribunal regulamentar o art. 37, VII, CF/88 provisoriamente, como forma de se evitar uma “omissão judicial”, já que, em virtude de inúmeras decisões reconhecendo a omissão legislativa no que tange a tal direito, não se justificaria mais uma inércia legislativa (passados mais de 15 anos da promulgação da CF/88), muito menos a inoperância de decisões judiciais da suprema corte. No entanto, defende que não se estaria assumindo o papel do legislador ordinário ao se admitir tal regulamentação provisória, tão somente concretizando direitos em virtude das

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa/PB – SITEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa/PB – SITEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa/PB – SITEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

normas constitucionais, de sua força normativa, então¹²⁴. Notório, neste ponto, a atuação positiva do STF – ativista – baseada em balizas constitucionais já traçadas anteriormente neste trabalho:

“Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetido absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo. [...]

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 18 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda no 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.”¹²⁵

Com relação ao papel da Corte neste contexto, autorizando, desta forma, o ativismo judicial para assegurar o direito de greve aos servidores públicos civis, trouxe o relator à baila as palavras de Rui Medeiros:

“A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito. O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas. Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa/PB – SINTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa/PB – SINTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional.”¹²⁶

Em conclusão ao voto, sendo este o mesmo entendimento do Pleno ao final do julgamento, considerando a omissão legislativa, acolheu-se a pretensão no sentido de aplicar as leis 7.783/89 e 7.701/88 ao caso em questão, enquanto não for regulamentada lei específica por quem de direito, ou seja, o Congresso Nacional. Para tanto, decretou prazo de 60 dias para que o Congresso legislasse sobre a matéria. Por fim, destaca-se as justificativas do relator ao adotar tal postura ativista na seara deste direito fundamental, além do papel do intérprete para tanto:

“ De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5o, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).”

(...)

Ao desenvolver mecanismos para a apreciação dessa proposta constitucional para a omissão legislativa, creio não ser possível argumentar pela impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do texto constitucional nesta seara, pois é certo que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte. No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.”¹²⁷

Portanto, imperioso é reconhecer que a escolha dos exímios julgadores em adotar postura positiva diante de uma omissão legislativa, objetivando concretizar direito constitucionalmente assegurado, se mostrou eficiente ao suprir a mora do Poder Público, dando à sociedade a resposta que ansiava. Apesar de diversas críticas à tal postura, considerando que o tribunal chegou a legislar positivamente neste caso, viu-se no presente

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa/PB – SINTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa/PB – SINTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

trabalho que tal atitude é autorizada pela própria Lei Fundamental. Este foi o primeiro precedente da Suprema Corte nesse contexto, estruturando um avanço na jurisprudência, permitindo, a partir de então, a concretização de outros direitos constitucionais por parte do STF, por meio da jurisdição constitucional.

Como segundo caso a ser analisada, traz-se à pesquisa a Arguição de Descumprimento de Preceito Legal 46/DF. Trata-se de ação ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ETC, a qual questiona os dispositivos da lei 6.539/78, por entender que afrontam o sistema constitucional vigente, principalmente os arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, caput, IV e parágrafo único; e 173, todos da CF/88, restando violados os princípios da livre concorrência e livre iniciativa. Defende, ainda, a ideia de serviço postal como atividade econômica e, por isso, devem ser respeitos os princípios relacionados a tal natureza jurídica.

Em que pese as divergências em torno do tema, inclusive, quando do julgamento da ação - por não ter havia unanimidade na improcedência do pedido - restaram pacificados alguns conceitos de grande valia para a doutrina, jurisprudência e sociedade como um todo. Primeiramente, esclareceu o então Min. Eros Grau que serviço postal é serviço público, enfraquecendo por completo a tese defendida pela parte arguente, mostrando-se vazia a argumentação em torno da livre iniciativa e livre concorrência. Ainda, esclareceu que serviço postal deve ser prestado com exclusividade pela União, em regime de privilégio, o que não se configura monopólio, já que tal expressão se refere a atividade econômica em sentido estrito.¹²⁸

Por derradeiro, destacou o Ministro que, no Brasil, seus fundamentos e objetivos estabelecidos na CF/88 (art. 1º e 3º) exigem a atuação de um Estado forte, capaz de assegurar uma vida digna a todos, porquanto, a substituição do Estado por uma sociedade civil, diga-se, pelo mercado, na prestação do serviço postal, considerando-o, então, como atividade econômica em sentido estrito - conforme propõe o arguente na inicial - é incompatível com a Constituição brasileira, em virtude do art. 175 não prever a disponibilidade do serviço postal à livre iniciativa – por ser serviço público -, diferentemente

¹²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 05 de agosto de 2009. DJe 26/02/2010.

do que o fez nos arts. 199 e 209 no que tange aos serviços de saúde e educação. Por essas razões, julgou improcedente o pedido.¹²⁹

Assim, para se alcançar tais interpretações, utilizaram-se, novamente, os exímios julgadores de uma atitude ativista, justificada pela necessária atualização das normas constitucionais quando não há correspondência entre direito e realidade, perecendo a argumentativa da força normativa da Constituição, coadunando com a teoria de Hesse, já exposta neste trabalho. Assim, argumenta o Min. Eros Grau que “a interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”. Cita-se o trecho em apreço:

“HESSE sustenta que a Constituição está condicionada pela realidade histórica, razão pela qual – e o Ministro Gilmar Mendes conhece isso de cor, porque traduziu esse trecho, portanto a dicção em português é dele – não se pode separar da realidade concreta do seu tempo e a pretensão de eficácia de suas normas somente pode ser realizada se for levada em conta essa realidade. Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material de finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais. Ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios, atualizá-lo. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.”¹³⁰

Nessa linha de raciocínio, novamente a jurisdição constitucional mostrou-se instrumento de eficácia da própria constituição, uma vez que ao interpretar as normas em consonância com a realidade a qual estão vinculadas, atualizando o direito constantemente, permitiu ao intérprete tomar postura ativista, positiva, condicionantes de uma verdadeira jurisdição constitucional autônoma.

Tem-se, ainda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF a ser comentada. Trata-se de ação ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do Presidente da República e do Congresso Nacional, o qual impugna pela inconstitucionalidade

¹²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 05 de agosto de 2009. DJe 26/02/2010.

¹³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 05 de agosto de 2009. DJe 26/02/2010.

do art. 5º da lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) que autoriza, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, desde que preenchidos certo procedimento e condições.¹³¹

Inicialmente, sustenta o autor da ação que os dispositivos impugnados contrariam "a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana". Ademais, considera que a vida humana se inicia com a fecundação. Por essas razões, seria o art. 5º em questão inconstitucional, por violar princípios da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do direito à vida etc.¹³²

O relator, Ministro Ayres Britto, utilizando-se da hermenêutica constitucional, defende que “o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”. Logo, desconsidera as células tronco embrionárias como pessoa, apesar merecerem proteção também, mas não no cerne dos direitos individuais ali postos como violados pela lei de biossegurança. Destaca-se trecho do acórdão:

“É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição) . E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" (alínea b do inciso VII do art. 34), "livre exercício dos direitos (...) individuais" (inciso III do art. 85) e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4a do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º).
(...)

¹³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJe 28/05/2010.

¹³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJe 28/05/2010.

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião).¹³³

Clarividente está que, apesar de não haver expressa normatização constitucional no que tange ao início da vida humana, o julgador, atuando de forma ativista, utilizou-se de interpretação sistêmica para conceber que, quando se fala de direitos fundamentais, individuais, está se referindo a garantias do indivíduo-pessoa, excluindo, daí, embriões não fertilizados, de produção *in vitro*. Não se pretendeu delimitar quando e como se dá o início da vida, mas sim como deve o Estado proteger esse organismo pré-natal. Portanto, não há que se falar em violação de direito fundamental no que tange ao art. 5º da lei de biossegurança¹³⁴. Transcreve-se trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, nesse mesmo contexto:

“Mesmo entre aqueles que consideram que antes do nascimento com vida não há especificamente um sujeito de direitos fundamentais, não é possível negar que na fase pré-natal há um elemento vital digno de proteção. Assim, a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever.”¹³⁵

Ainda, descartou o Min. Ayres Britto a tese de reconhecimento de pleno direito à vida ao embrião, já que não existe dever de nidação no corpo da mulher, pois viola o princípio do planejamento familiar, além do direito fundamental estampado pelo art. 5º, II, CF/88, que desobriga a pessoa a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei:

¹³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJe 28/05/2010.

¹³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJe 28/05/2010.

¹³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJe 28/05/2010.

“O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5a da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5a da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.”¹³⁶

Vale transcrever, também, trecho do acórdão proferido pelo então Presidente da Corte, Min. Gilmar Ferreira Mendes, o qual legitima a postura ativista do STF, em consonância com os preceitos já expostos neste trabalho, conforme seguintes argumentos:

“Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto. Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções ADI 3.510 / DF morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida.

(...)

Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática.

Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* - ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de Garcia de Enterría, teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia.

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram

¹³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJe 28/05/2010.

guardada nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.

As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, "o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente".

O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional. Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.¹³⁷

Percebe-se, assim, que somente pelas distinções próprias de uma jurisdição constitucional – a racionalidade argumentativa e procedimental – deu-se uma concreta resolução à discussão entorno das pesquisas com células-tronco embrionárias, mesmo após o democrático debate feito pelo Poder Legislativo, por ocasião da lei nº 11.105/05, questionada nesta vertente. Porquanto, isso só foi possível em razão do STF se enquadrar no papel de uma jurisdição constitucional autônoma, principalmente pelo destaque da atual jurisprudencialização do Direito, característica mais evidente dentre aquelas expostas por Häberle em sua teoria, já descrita anteriormente.

Ainda como exemplo a ser analisado, traz-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Legal 54/DF. Trata-se de ação ajuizada pela Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde – CNTS, pleiteando pela declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), com efeito *erga omnes* e vinculante, que impedia a antecipação terapêutica do parto no caso de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado.

¹³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJe 28/05/2010.

Primeiramente, destacou o Ministro Relator Marco Aurélio a delimitação do pleito, qual seja: que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Neste sentido, descabida qualquer discussão em torno da descriminalização do aborto, uma vez que este se distingue da antecipação terapêutica do parto. Tal distinção se dá em razão de, no aborto, tratar-se de proteger a vida; no caso da anencefalia, restou comprovado não existir potencialidade de vida, logo, não haveria razão para tal proteção¹³⁸. Isto justificaria a inviável discussão sobre aborto neste caso, conforme depreende de trecho do acórdão em apreço:

“Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.”¹³⁹

Ademais, esclarece que a questão posta sob julgamento diz respeito a conformação entre a tipificação penal da interrupção da gestação de feto anencéfalo e a Constituição, principalmente perante os preceitos que garantam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para o Ministro, não houve coadunação de tais normas, demonstrando o porquê em cada um dos direitos e princípios assinalados. Ressalta-se que durante toda a sua argumentação, utilizou-se o Ministro da opinião pública e da sociedade, através dos institutos do *amicus curiae* e audiências públicas.¹⁴⁰

¹³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Arguente: Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. Dje 11/04/2012.

¹³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Arguente: Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. Dje 11/04/2012.

¹⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Arguente: Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. Dje 11/04/2012.

Por fim, em virtude dos princípios da solidariedade, humanidade, entre outros, admitiu uma interpretação diversa daquela utilizada até então, a fim de garantir o direito da mulher em ser livre na escolha pela antecipação terapêutica da gestação, no caso de anencefalia, não caracterizando o tipo penal do aborto¹⁴¹. Destaca-se trecho da decisão:

“Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.¹⁴²”

Diante disso, é notório que o julgador – e a Suprema Corte como um todo, já que houve procedência do pedido por maioria absoluta – utilizou-se de atitude ativista para interpretar todas as questões relativas ao caso, as quais era de grande complexidade. Não há norma que tipifique tal conduta, no entanto, o exímio julgador se colocou em situação positiva para dar concretude ao direito da mulher em caso de gestação de anencéfalo. Ainda, mantendo respeito ao pluralismo consagrado pela Carta Magna, utilizou-se das audiências públicas e do *amicus curiae* na concretização de tal interpretação, restando por configurar, novamente, o STF como uma jurisdição constitucional autônoma.

Ademais, em consonância com todos os preceitos e jurisprudência já expostos aqui, não pode o STF se mostrar inerte frente a uma omissão do poder público, uma vez que é dele a função precípua de resguardar a Constituição e todos os direitos nela consagrados. Portanto, tal postura se fez necessária frente a este caso de grande repercussão

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Arguente: Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. Dje 11/04/2012.

¹⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Arguente: Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. Dje 11/04/2012.

em toda a sociedade brasileira. Por fim, traz-se à baila trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual ilumina ainda mais tal entendimento:

“Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das ‘garantias de eternidade’ somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. Os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas “cláusulas pétreas”, parecem despidos de conteúdo específico.

O que significa, efetivamente, “separação de Poderes” ou “forma federativa”? O que é um “Estado de Direito Democrático”? Qual o significado da “proteção da dignidade humana”? Qual a dimensão do “princípio federativo”? Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio.”¹⁴³

Em última análise, tem-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ, ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil, no caso de união homoafetiva, para que se reconheça a união estável entre pessoas do mesmo sexo e os direitos dela decorrentes¹⁴⁴.

Em sua cognição, esclarece o Ministro Relator Ayres Britto que o sexo das pessoas não serve como parâmetro para tratamento jurídico desigual, uma vez que a própria Constituição proíbe o preconceito entre pessoas, seja por diferença de cor, raça, idade, sexo e, como interpretado por ele, também a preferencial sexual (art. 5º, CF/88), além de não se haver diferenciação entre a espécie feminina da masculina (art. 5º, I, CF/88). Ademais, em respeito aos direitos fundamentais, já que a lei não proibiu nem obrigou qualquer uso concreto da sexualidade humana, tal escolha faz parte da autonomia da vontade das pessoas, direito

¹⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Arguente: Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. Dje 11/04/2012.

¹⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje 14/10/2011.

subjetivo resguardado pela Constituição¹⁴⁵. Resume-se trechos que iluminam tal posicionamento:

“(…) Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

(…)

Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconhecamos, nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva.

(…)

Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc).¹⁴⁶

Demonstrado o direito subjetivo dos homoafetivos, os quais possuem direitos e obrigações inerentes a todos os cidadãos, frisou o Ministro a necessária análise de possível reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, quando cumpridos os requisitos estabelecidos pela legislação vigente (art. 1.723, CC). Entendeu ele que, sendo a união caracterizada por convivência contínua, pública e duradoura, com finalidade de

¹⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje 14/10/2011.

¹⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje 14/10/2011.

constituir família – requisitos para configurar união estável – não se pode olvidar configurar tal relação como verdadeira união estável, apenas pela leitura positivista da norma que deixa claro relação “entre homem e mulher”¹⁴⁷.

Outrossim, poderia se considerar que o próprio legislador se utilizou de discriminação quando da criação da lei, o que é inaceitável dentro de uma sociedade democrática e social. Portanto, é preciso que o julgador se utilize de interpretação para além da norma abstrata, a fim de resguardar direitos fundamentais, diante de lacunas normativas frente a realidade fática atual. Ademais, é preciso ampliar o conceito de família trazido pela Constituição em seu art. 226, para que se tenha completa concretização desse direito o qual tanto anseia a sociedade¹⁴⁸. Transcreve-se trecho nesse sentido:

“Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistintamente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.”¹⁴⁹

Portanto, por meio do uso positivo da interpretação, fez-se o julgador a inteligência dos direitos subjetivos dos homoafetivos, garantindo-os os mesmos direitos dos heteroafetivos – reconhecimento de união estável e direitos dela decorrentes. Contudo, ao final do julgamento, o STF postulou pela atuação do Legislativo nessa demanda. Logo, somente pela postura ativista do STF e uma jurisdição constitucional autônoma foi possível

¹⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje 14/10/2011.

¹⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje 14/10/2011.

¹⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje 14/10/2011.

concretizar direitos fundamentais antes impensáveis, mantendo-se viva a principal função da Suprema Corte¹⁵⁰. Nesse diapasão, traz-se trecho do voto do Ministro Luiz Fux, o qual deixa claro tal postura do STF:

“Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.”¹⁵¹

Por fim, destaca o Ministro Gilmar Mendes, de forma digna, a atuação positiva do STF ante as omissões do Poder Público, deixando de ser considerado como legislador negativo (teoria kelsiana), progredindo sua jurisprudência no que tange as interpretações, uma vez que não pode o tribunal se abster quando chamado a agir, não sendo tal atuação lesão ao estado democrático, pois, como já bem definido neste trabalho, é a própria Constituição quem autoriza uma postura ativista, ou melhor, legitima o ativismo judicial atualmente exercido pelo STF:

“Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

(...)

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha a atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo.

Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de pretensões que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção. Deve haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema jurídico, de alguma forma, falha

¹⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje 14/10/2011.

¹⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje 14/10/2011.

na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só poderá ser de caráter positivo.”¹⁵²

Encerra-se aqui o presente estudo sobre a legitimidade do ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal. A seguir, serão apresentadas, em síntese, as conclusões finais do trabalho.

¹⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje 14/10/2011.

CONCLUSÃO

A proposta da pesquisa aqui almejada foi, primeiramente, demonstrar a importância de uma Constituição para com o Estado, através de seu conceito e evolução do constitucionalismo ao longo dos séculos, especialmente, o atual constitucionalismo desenvolvido no país, qual seja, o neoconstitucionalismo. Em segundo momento, destacou-se a jurisdição constitucional, caracterizando-a como uma garantia da constituição, terminando por enquadrar o STF como uma jurisdição constitucional autônoma. Por fim, conceituou-se o ativismo judicial, seus fundamentos de legitimidade e analisou-se casos de grande repercussão no país, a fim de comprovar tal atitude e sua pertinência social.

Primeiramente, restou claro o conceito de *constituição*, como um conjunto de decisões originado de um poder constituinte, o qual estabelece normas de caráter político-social, a fim de organizar um Estado, instituindo órgãos de poder, os quais são limitados, baseados na ideia da supremacia da lei. Assim, clarividente está a importância de uma Constituição para com a existência de um Estado, haja vista que se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação de valores sociais, em especial, de direitos fundamentais. Logo, é papel desempenhado pela própria Constituição resguardar os ideais expostos no significado do termo constitucionalismo – limitação do poder e supremacia da lei.

No entanto, para se compreender o que representa a Constituição no atual estágio jurídico brasileiro, mister se fez analisar a evolução do constitucionalismo e os diferentes papéis já desempenhados pela Constituição, conduzindo, assim, ao surgimento do atual Estado Democrático de Direito no país. Desta forma, destacou-se os movimentos constitucionais, assim ditos por Canotilho, quais sejam: o inglês, o francês e o americano. Tais movimentos, surgidos após o constitucionalismo antigo, frutos da revolução liberal, deram ensejo ao conceito moderno de constituição, enfatizando a necessidade de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e os direitos e fixam limites ao poder político, transformando o papel desempenhado até então pela Constituição.

Diante da evolução do constitucionalismo, fez-se uma necessária mudança de paradigma no que tange ao papel da constituição em determinado Estado. Assim, a Constituição era encarada de diferentes formas, a depender da época e teoria analisada. Nesse

sentido, destacaram-se três teorias de grande valia para o sistema constitucional como um todo. O primeiro conceito é o sociológico, associado a Ferdinand Lassalle, para o qual a Constituição real de uma sociedade é, em essência, a soma dos fatores reais de poder que a regem, sendo tais fatores a força ativa e eficaz que atua no seio da sociedade. Tal Constituição poderia ou não coincidir com a Constituição escrita, se esta também transcrevesse os fatores reais de poder. Não ocorrendo tal associação, se tornaria a Constituição escrita uma mera “folha de papel”.

Em sentido oposto, destacou-se a teoria estritamente jurídica, desenvolvida por Hans Kelsen, para quem a Constituição é vista como lei suprema do Estado, constituindo a ordem jurídica como um sistema escalonado de normas, em cujo o topo está a Constituição, fundamento de validade de todas as demais normas que o integram. Como síntese dessas duas teorias, surge a ideia de Constituição normativa, elaborada por Konrad Hesse, o qual, ao diagnosticar a problemática trazida pela teoria de Lassalle, segundo o qual uma Constituição escrita não teria valor nem seria durável se não exprimisse fielmente os fatores reais de poder, Hesse condiciona a força normativa da Constituição como solução para tanto.

Por fim, destacou-se que o instrumento de consolidação e preservação dessa força normativa é a interpretação constitucional. A junção de todas essas teorias fez surgir uma concepção de Constituição real, conhecida por culturalista, atribuída a Peter Häberle, o qual apresentou uma verdadeira ampliação no tocante a interpretação constitucional. Assim, influenciado por essa teoria, pode-se dizer que a Constituição, impondo sua força normativa, exige uma participação pluralista da esfera pública na tomada de decisões, não mais se restringindo a interpretação constitucional, ao revés, ampliando-a, permitindo que haja uma melhor aplicação do Direito posto sob a realidade fática. É nesse contexto que surge o ativismo judicial.

Levando-se em consideração que a jurisdição constitucional surge como uma garantia da constituição e que, para se consagrar uma real integração da realidade para com o processo de interpretação, é necessário ampliar os participantes desse processo, surge a teoria da jurisdição constitucional autônoma, trazida por Peter Häberle, o qual destaca algumas características as quais enquadram uma jurisdição como autônoma no cenário constitucional, no qual se encontra o STF. É nessa perspectiva, a adoção de uma jurisdição

constitucional autônoma pelo Brasil como garantia da Constituição, que se abriu caminho para uma atitude proativa do STF.

Em última análise, restou concretizado o conceito de ativismo judicial, qual seja, a atitude proativa do Poder Judiciário, em especial, do STF, ante a concretização de direitos fundamentais, representando uma garantia da força normativa da Constituição. Pode-se dizer que os fundamentos de legitimidade de tal postura encontram respaldo na própria Magna Carta, nos arts. 102 e 5, XXXV, já que atribui ao STF a guarda da Constituição e garante à todos o livre acesso a justiça. Assim, não pode a Suprema Corte se mostrar inerte frente a uma omissão estatal, em virtude de incorrer em própria violação a normas constitucionais.

Ademais, por ser a jurisdição constitucional uma garantia da constituição, é por meio dela que o STF cumprirá sua precípua função, transformando-se em última arena de debate, ou seja, quem dá a última palavra. Em razão de uma nova perspectiva, no que tange ao processo hermenêutico constitucional, caracterizando a jurisdição constitucional brasileira como autônoma, pode-se dizer que tal situação autoriza a postura ativista do STF, já que a ele cabe a guarda da Constituição, a qual, como lei suprema, dotada de força normativa, não permite que o Judiciário se mantenha inerte frente a sociedade, mesmo que, para isso, precise adotar posição proativa, ampliando a interpretação constitucional, proferindo decisões, por vezes, de natureza política – função atípica –, capazes de concretizar direitos fundamentais, cumprindo, assim, sua obrigação constitucional.

Em suma: retira-se os fundamentos de legitimidade do ativismo judicial, exercido pelo STF, da própria Carta Magna, especialmente, em virtude da necessária obrigação de guarda da Constituição feita pela Corte Constitucional. Logo, percebe-se que o ativismo se torna algo inevitável, haja vista que, considerando a ideia de que toda lei necessita de interpretação para ser concretizada e aplicada, imprescindível é o uso da criatividade por parte do julgador, cumprindo sua função e concretizando direitos fundamentais, conforme anseio da sociedade. Tal postura, no entanto, não deve ser vista como algo prejudicial, ao revés, torna-se algo de grande valia para o Estado Democrático de Direito, já que, de maneira eficiente, concretiza direitos, adaptando-os à realidade, garantindo a justiça social.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, André Cambuy. O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/701/479> , acesso em 06/04/2013.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. *Revista da OAB*. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> , acesso em: 02/04/2013.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Planalto, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: 06/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de Joao Pessoa/PB – SINTEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46/DF. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED. Arguido: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 05 de agosto de 2009. DJe 26/02/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. DJe 28/05/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Arguente: Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 27 de abril de 2005. DJe 11/04/2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Arguente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. DJe 14/10/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo Cintra. Grinover, Ada Pellegrini. Dinamarco, Candido Rangel. 25º ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial ou criação do direito? Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito> , acesso em 06/04/2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. Doutrina Brasileira, 2005.

GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*. Uruguai: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Estado de Direito e Constituição. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HARTMANN, Michéle Chalbaud Biscaia. A judicialização das políticas públicas e releitura da separação dos poderes: diálogos entre procedimentalismo e substancialismo. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3-Michelle-Chalbaud-Biscaia-Hartmann.pdf> , acesso em 06/04/2013.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.