



Patrícia Karinne de Deus Ciriaco

**O DEBATE SOBRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL**

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências  
Jurídico Políticas/ Menção em Direito Constitucional,  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
- Portugal.

Orientador: Professor Doutor Fernando Alves Correia

Coimbra  
Setembro/2014



**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO POLÍTICAS-  
MENÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**



**O DEBATE SOBRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL**

Patrícia Karinne de Deus Ciríaco

Coimbra –  
Portugal  
Setembro, 2014

**PATRÍCIA KARINNE DE DEUS CIRÍACO**



**O DEBATE SOBRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES:  
UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL**

*Dissertação apresentada à  
Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra –  
Portugal no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao  
grau de Mestre), na Área de  
Especialização em Ciências  
Jurídico Políticas/ Menção em  
Direito Constitucional.*

*Orientador: Professor Doutor  
Fernando Alves Correia*

Coimbra –  
Portugal  
Setembro, 2014

*Ao Dr. Assis Ciriaco, a quem tenho a honra de  
chamar de Pai.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, Pai de infinita bondade e guia dos meus passos.

À Virgem Santíssima, a quem recorri nos momentos de aflição.

À minha Mãe, Francília Alencar, por sua dedicação e amor incondicional.

Ao meu Pai, Assis Ciríaco, por viabilizar a concretização de um sonho, além de me inspirar pessoal e profissionalmente.

À minha avó, Therezinha, ponto de luz no céu, por ter deixado um legado de bons exemplos e me inspirar no caminho do magistério.

À minha família, sustentáculo da minha felicidade. Em especial à minha irmã, Daniele Ciríaco, pela amizade e cumplicidade.

Aos tios Teresa Edmea, Teresa Maria, Teomar e João Batista, e às amigas Cláudia López e Lorena Pinheiro pela contribuição direta para com a finalização deste trabalho.

Aos amigos que acompanharam e contribuíram para tornar suportável o tempo de ausência do lar durante a jornada deste Mestrado.

À minha grande amiga, Najara Bitencourt, por ter me estendido a mão e me ensinado a sorrir num tempo triste e frio.

Ao Prof. Dr. Fernando Alves Correia, pela generosidade em aceitar-me como orientanda, bem como pela competência científica e acompanhamento durante a jornada desta dissertação.

À Universidade de Coimbra, pela tradicional qualidade no preparo de grandes juristas. Assim como à todos os Professores e Professoras que me inspiraram através de seus ensinamentos em sala de aula, ou por meio da leitura de suas obras doutrinárias.

À cidade de Coimbra (Pt), por todas as experiências que nela vivenciei.

*A justiça democrática está presa num imperativo contraditório: ao mesmo tempo que defronta desafios de uma amplitude por ela desconhecida até ao presente, ela vê a sua intervenção contestada. Nunca foi tão idealizada, nunca apareceu tão frágil, e os seus instrumentos tão pouco úteis. E, no entanto, é necessário julgar apesar de tudo.*

Antoine Garapon<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas*. Justiça e Democracia. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget: 1996, p. 163.

## RESUMO

Nos tempos da constitucionalização abrangente e da preponderância de direitos fundamentais, com o papel de efetivador e de defensor dos institutos consagrados na Constituição, resta a dúvida (ou preocupação): quais os limites que determinarão a atuação do Poder Judiciário daqui em diante? A partir da observação dos diversos ciclos de alternância da preponderância de um Poder sobre os outros, chega-se a conclusão de que esta é a Era do Judiciário. No entanto, eventuais práticas de abusos no exercício de uma das funções nunca são tolerados por muito tempo, assim o foi com o destaque do Executivo e as experiências absolutistas e ditatoriais, como também ocorreu no estado de extremo positivismo engessador de dogmas. Atualmente, é o ativismo judicial que reflete o sobressalto judiciário numa sociedade que constitucionaliza muitos direitos, mas não instrumentaliza sua efetivação. Na falha do Executivo ao promover políticas públicas, ou no atraso legislativo na produção de normas, é a elite intelectual do judiciário quem tem dado respostas. Mas até quando essas respostas do Poder contramajoritário restarão positivas? E mais tarde, num Estado governado por juízes, *quem salvará a sociedade dos salvadores?* É com essa problemática que, à luz do princípio da separação dos poderes, pretende-se desenvolver a jornada desta dissertação.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Judicialização da política. Teoria da Interpretação. Poder Judiciário.

## ABSTRACT

In the days of embracing constitutionalization and the fundamental rights, considering that the judiciary has the responsibility to interpret and enforce the laws enshrined in the Constitution, there remains the question (or concern): what are the limits that will determine the judiciary's actions going forward? Starting with the observation of the various cycles of the alternation preponderance between the different branches of government, one reaches the conclusion that this is the era of the judiciary. However, any improper exercise or abuse of power, by any branch of the government, is never tolerated for long, for instance, as seen with the highlighting of the executive branch and the absolutists and dictatorial experiences, and as it occurred during the state of extreme positivism, a paralyzer of dogmas. Nowadays, it is the judicial activism that reflects the judiciary preponderance of a society, which holds many constitutional rights, but that fails to provide the appropriate and effective instruments to enforce the rule of law. In case of executive failure in promoting public policies or delays in the legislative branch in the making of new laws, it is the judiciary intellectual elite who have been providing answers. However, until when will the judiciary answers be considered unbiased and positive? And later, in the event of a society governed by judges, who will then liberate the general public from its "*saviors*"? It is with this dilemma in mind, in light of the principals of separation of power, that this dissertation is developed.

Keywords: Judicial Activism. Separation of Powers. Judicialization of politics. Interpretation's Theory. Judiciary.



## RESUMEN

En los tiempos de una constitución integral y de la importancia de los derechos fundamentales con un rol de hacer efectivo y de defender las instituciones consagradas en la Constitución, resta una duda (o preocupación): ¿cuáles son los límites que determinarán las acciones judiciales de aquí en adelante? A partir de la observación de diversos ciclos de alternancia de la preponderancia de un poder sobre otros, se llega a la conclusión de que estamos en la era del judicialismo. Sin embargo, cualquier ejercicio inapropiado de abuso de poder, de parte de cualquier rama del gobierno, no se puede tolerar por mucho tiempo. Se pueden destacar, por ejemplo, las experiencias absolutistas y dictatoriales del ejecutivo, o como también ocurrió en el estado de extremo positivismo paralizador de dogmas. En la actualidad, es el activismo judicial el que refleja la preponderancia judicial de una sociedad, lo que sostiene muchos derechos constitucionales, pero que fracasa en entregar instrumentos efectivos y apropiados para hacer cumplir la regla de la ley. Cuando el ejecutivo ha fallado en promover las políticas públicas, o han existido retrasos en la rama legislativa cuando se deben hacer nuevas leyes, es la élite intelectual judicial quien ha estado entregando respuestas. Sin embargo, ¿hasta qué punto las respuestas judiciales se consideran imparciales y positivas? Y luego, en una situación en una sociedad gobernada por jueces, ¿entonces quién liberará al público general de sus "*salvadores*"? Es con este dilema en mente que se desarrolla este trabajo, a luz de los principios de separación de poder.

Palabras claves: Activismo judicial. Separación de poderes. Judicialización de políticas. Teorías de interpretación. Judicialismo.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DF	Distrito Federal brasileiro
DJ (e)	Diário de Justiça (eletrônico)
EC	Emenda Constitucional
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
Op. cit.	<i>Opus citatum</i>
Org.	Organização
Rel.	Relator
STE	Superior Tribunal Eleitoral
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SV	Súmula Vinculante
Trad.	Tradução
U.S.A	United States of America
Vol.	Volume

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
<b>CAPÍTULO I PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E TEORIAS CONCEITUAIS ACERCA DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....</b>	<b>16</b>
1. Separação dos Poderes e sua <i>Gênese</i> .....	16
1.1 A era do Poder Legislativo .....	25
1.2 Sobre o enaltecimento do Poder Judiciário, o peculiar <i>Common Law</i> Norte- Americano e o “ <i>check and balance</i> ” .....	32
<b>CAPÍTULO II CONTEXTUALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>36</b>
1. Expansão do Judiciário: Entre Judicialização e Ativismo Judicial.....	36
1.1 O papel da Jurisdição Constitucional – O guardião da Constituição!.....	38
1.2 A questão política da jurisdição constitucional: Judicialização da política.....	42
1.3 Ativismo Judicial: Conceito e Definição .....	47
2. Outro fator: É necessário falar de crise, Poder Legislativo, democracia e um pouco de filosofia .....	52
<b>CAPÍTULO III DOS LIMITES À ATUAÇÃO LEGIFERANTE DO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>61</b>
1. E agora, Excelência: Constitucionalismo ou Democracia? - O precioso argumento “da garantia aos direitos fundamentais” .....	61
2. Contenção Judicial.....	65
2.1 O papel do juiz – Interpretação <i>versus</i> Criação? .....	65
2.2 Em defesa da Democracia: Blindagem ao Relativismo e a Discricionariedade Judicial (filosofia hermenêutica de Heidegger, hermenêutica filosófica de Gadamer e Teoria integrativa dworkiana).....	70
<b>CAPÍTULO IV BRASIL: UM PAÍS ATIVISTA? .....</b>	<b>76</b>
1. Traçados da Prática Ativista no Brasil e os fatores contribuintes para o Criacionismo.....	76
1.1 Atividade normativa atípica: Mandado de Injunção e Súmula Vinculante .....	86
2. Casos Emblemáticos.....	94
2.1 Caso das células tronco embrionárias (CTE) .....	94
2.2 Caso das uniões homoafetivas .....	97
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>102</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>107</b>

## INTRODUÇÃO

Definir o papel que determina as funções de cada um dos Poderes em um Estado Democrático de Direito resulta em tarefa árdua e confusa. De certo, desde a idealização da teoria da separação dos poderes e de sua concretização, o equilíbrio entre os Poderes tem sido um ideal difícil de ser alcançado, tendo em vista que vivenciou-se a alternância da supremacia de um dos Poderes sobre os outros em diferentes ciclos temporais. Pensando na contemporaneidade, o grande problema que envolve o tema deste trabalho está na contraposição entre constitucionalismo e democracia, pois a harmonia do *rule of law* (Estado de Direito- legalidade) e o governo representativo do Estado Democrático de Direito, que reflete a vontade popular, está longe de ser plenamente concretizada. Possivelmente, a afirmação que se fará a seguir restará estampada nos futuros descritivos históricos acerca dos tempos contemporâneos: Este é o “século do Judiciário”.

Numa perspectiva introdutória, ressalta-se a construção de um mundo jurídico que nos trouxe até os dias de supremacia judicial. Em síntese, o berço de formação desse mundo jurídico se deu na crença da filosofia clássica em um direito natural imutável, desvinculado da vontade humana e com a mesma representação em qualquer lugar, sendo, portanto, diferente daquele convencionado pelos homens: o direito positivo (Aristóteles). Por influência da escola estoíca, levada a Roma por Diógenes de Babilônia, em 155 a.C., essa civilização também fora influenciada pela concepção aristotélica, considerando a lei como ‘força racional da natureza’. Mais tarde, a ideia do direito natural transportou-se para a filosofia medieval, no entanto, com um peculiar diferencial: o panteísmo foi substituído pelo Deus do cristianismo. Assim, a prevalência do poder clerical, seguida da implantação do monarquismo durante a Alta Idade Média, representou a onipotência do Poder Executivo.

A ruptura do teocentrismo se deu através do enfraquecimento da igreja, da formação dos Estados Nacionais e da ascensão do poder burguês, fazendo emergir um mundo moderno racionalista. Essa racionalização serviu de base para o desenvolvimento das ciências (Descartes), além de ter proporcionado uma racionalização das estruturas do governo, que se efetivou por meio de “uma diferenciação institucional, [...] uma criação de novos ofícios e [...] uma especificação de novas funções [...]”<sup>2</sup>. Aliado a isso, tem-se o ideal iluminista, que

---

<sup>2</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: Historia del Constitucionalismo Moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 1998, p. 29 e ss.

promoveu as Revoluções Liberais Burguesas (Americana em 1776 e Francesa em 1789), além da absorção da teoria da separação dos poderes com a noção de que o poder deve ser limitado pelo próprio poder (*il faut que le pouvoir arête le pouvoir*).

Através da notoriedade e da propagação da doutrina de Montesquieu (*De l'Esprit des Loix*) – embora não tenha sido a mente fundante da teoria –, o princípio da separação dos poderes passou a ser fonte fundamental da promoção de equilíbrio nos Estados que pretendiam desvincular-se da subordinação aos excessos do Executivo; tal princípio passou a ser consagrado em todas as Constituições do século XVIII e XIX, em observância ao previsto no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Junto a esses acontecimentos, o processo de codificação do direito surgiu como uma necessidade para garantir a racionalidade do sistema jurídico conforme os interesses burgueses capitalistas. O "empirismo exegético" passou a estabelecer o direito como sinônimo de lei escrita, cabendo ao jurista tão somente revelar o sentido da norma – *o juiz boca de lei* (Montesquieu). Nascia, contudo, o positivismo jurídico com a intenção de desvincular (avalar) o direito das concepções morais (Bobbio). Nesse contexto, foi inaugurada a era do Poder Legislativo, sobretudo nos países europeus de tradição romano-germânica.

Foi o próprio Legislativo que atribuiu plenos poderes a diversos chefes do Executivo, numa tentativa de aplacar a crise financeira que se instaurou naqueles tempos, além dos instrumentos fornecidos pelo positivismo firmado num "racionalismo dogmático" ou "normativismo jurídico" (Kelsen). Portanto, a consequência foi, mais uma vez, o sobressalto Executivo através da instauração de diversos regimes ditatoriais (*Mussolini na Itália, Salazar em Portugal, Francisco Franco na Espanha, Hitler na Alemanha, dentre outros*).

Finalmente, após a Segunda Guerra Mundial, a ascensão judicial se impôs como meio necessário para estancar os abusos provocados pelos extremos positivistas liberais, ensejando a construção do mundo pós-positivista (neoconstitucional) com a retomada da importância dos direitos humanos e a constitucionalização dos direitos, sobretudo através dos princípios e direitos fundamentais (entrava em cena o Estado Social de Direito). O Poder Judiciário, legitimado através de sua consagração como "guardião da Constituição", ganhou importante papel na proteção e efetivação da justiça social. A partir da ideia de supremacia constitucional e sua força normativa, houve o desenvolvimento da hermenêutica constitucional com a prevalência de "valor", "ponderação", "onipresença da Constituição" e predominância

judiciária, frente à norma, subsunção, direito ordinário e autonomia do legislador, respectivamente (Streck).

Ocorre que a incorporação de novas competências colocou o Judiciário como o protagonista contemporâneo de uma atuação muito criticada (de uma forma geral) pelas diversas sociedades que incorporaram a teoria da separação dos poderes como princípio basilar de imposição de limites e promoção de equilíbrio entre os poderes do Estado. O resultado é, mais uma vez, a tensão entre os Poderes, mas, desta vez, provocada pelo desempenho da função jurisdicional ao impor censura aos atos legislativos através do controle de constitucionalidade, além das tentativas judiciais (por meio de suas decisões) para completar as lacunas provocadas pelas omissões dos legisladores, implementando direitos de alcance geral e promovendo políticas públicas, posturas que põem *em cheque* o tradicional princípio consagrado por Montesquieu, atingindo o Estado Democrático de direito. *Tudo em nome dos direitos fundamentais.*

Trata-se do governo dos juízes, protagonismo judiciário, proatividade judicial, atividade legiferante judiciária, ativismo judicial ou qualquer outro adjetivo que refira-se à supremacia intelectual como sobressalto aos Poderes de caráter majoritário. De certo que o termo “ativismo judicial” é plural em significados, mas, neste trabalho, associa-se à abrangente atuação judicial que interpõe-se aos demais poderes ao tentar concretizar os anseios constitucionais dos quais ele é protetor. Revela-se na invasão de competência do Poder contra-majoritário nas esferas majoritárias.

Junto a isso, o fenômeno da judicialização da justiça, que vem sendo legitimado através do próprio poder Legislativo, na medida em que constitucionaliza a política, ou seja, coloca-a dentro do mundo jurídico. Tudo consequência da complexidade das relações sociais contemporâneas e, mais, da crise pela qual passa o Poder Legislativo, que, cada vez mais, se põe ilegítimo em sua tarefa de representante do povo, haja vista ter-se tornado o objeto de cobiça de partidos políticos e de certos grupos elitistas.

Em outras palavras, há uma necessária transferência das decisões políticas fundamentais da sociedade para outra esfera de Poder (Judiciário), já que a própria sociedade exige e espera por respostas. O problema é que as respostas encontradas pelo judiciário estão sendo pronunciadas arbitrariamente, trazendo a clássica tensão *constitucionalismo x democracia*, ao

passo que, ao utilizarem sempre os argumentos em proteção à Constituição e aos direitos fundamentais, produzem o direito e não apenas o interpretam.

E falando em interpretação, eis outra grande questão que delinea a problemática que se tentou expor no desenvolvimento deste trabalho, afinal os limites interpretativos são o ponto chave para determinar o comportamento dos juizes numa dada jurisdição, e são esses justos limites que têm a função de conter uma possível atuação exacerbada dos juizes. Há quem considere que “toda decisão judicial é, em si, uma violência. Violência contra as demais possibilidades interpretativas que não se efetivam”, resultando numa eterna dicotomia judicial “a necessidade de interpretar e a violência de decidir.” (Edil Batista Jr.)

É, pois, na moderna teoria da interpretação e da linguagem que reside o caminho necessário para lidar com a interação entre princípios e regras, ou seja, através das teorias de Heidegger, Gadamer, Streck e outros – as quais estarão presentes neste estudo –, resta demonstrado ser possível fazer valer os princípios constitucionais e, ao mesmo tempo, preservar a teoria democrática do Estado de Direito, o que, em outras palavras, significa a manutenção da teoria da separação de poderes. A partir dessa concepção, há, no texto, uma real crítica ao ativismo judicial (com foco nas Supremas Cortes e nos Tribunais Constitucionais), revelando-se numa contraposição ao estado pós-positivista (neoconstitucional), que é, na verdade, antipositivista, pois ultrapassa o estabelecido na *verba legis* e produz novos mandamentos na *sententia legis*.

O problema é destacado e qualificado num contexto geral com referência à situação contemporânea de atividade judicial observada no mundo ocidental, no entanto, buscou-se um estudo específico do espaço geográfico brasileiro e as atuações de seu Supremo Tribunal Federal, com enfoque nas posturas e decisões dos Ministros da Corte Suprema, através do destaque de alguns casos relevantes que produziram norma geral, resultando num peculiar ativismo de *terra brasilis* (Streck).

Por conseguinte, são exatamente esses os pontos-problema propostos para abordagem neste texto dissertativo e, uma vez estabelecido o objeto da investigação, sua razão de ser e sua finalidade, resta abordar a metodologia adotada para desenvolver esta pesquisa. O trabalho foi realizado por meio da adoção da vertente “jurídico-teórica”, que relaciona-se mais diretamente com a Filosofia do Direito e acentua os aspectos conceituais, ideológicos e

doutrinários<sup>3</sup>. Quanto ao tipo de investigação, classifica-se como “histórico-jurídico”<sup>4</sup>, haja vista a proposta de uma análise da evolução de determinado instituto jurídico pela compatibilização de espaço/tempo. Ressalta-se, contudo, o desafio deste modelo, já que o distanciamento geográfico e temporal é fator mistificador da realidade. Já no campo da análise bibliográfica, resta claro o emprego de “natureza doutrinária e jurisprudencial”, por meio de uma análise crítico-científica da postura das Cortes Supremas de diversos países e, sobretudo, do Brasil.

Com relação ao desenvolvimento textual, este trabalho divide-se em quatro capítulos. No primeiro, procurou-se abordar uma análise de desenvolvimento histórico do princípio da separação dos poderes. No segundo, encontra-se os fatores contribuintes para o fenômeno do ativismo judicial, bem como sua definição. No terceiro, procurou-se expor a necessidade de contenção da proatividade judicial, bem como teorias contributivas para alcançá-la. Por fim, no quarto e último capítulo, buscou-se desenvolver um estudo do ativismo judicial na realidade brasileira.

---

<sup>3</sup> HERRERA, Enrique. *Práctica Metodológica de La investigación jurídica*. Buenos Aires: Altea, 1998./ WITKER, Witker. *Como elaborar una tesis em derecho*. Madrid: Civitas, 1985.

<sup>4</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 28.



# CAPÍTULO I

## PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E TEORIAS CONCEITUAIS ACERCA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

### 1 Separação dos Poderes e sua *Gênese*

Foi o filósofo grego, Aristóteles, quem primeiro visualizou a tripartição, embora suas ideias não tenham tornado-se paradigmáticas da teoria, tendo em vista que não buscou a análise da composição e competência de cada um dos poderes<sup>5</sup>. O filósofo apregoava a necessidade de uma Constituição mista<sup>6</sup>, onde diversos grupos ou classes sociais pudessem participar do exercício da soberania do governo, ao revés de concentrar tal atribuição nas mãos de um pequeno grupo detentor de todo o poder político, além disso, defendia a necessidade de arenas distintas para os poderes estatais na Grécia antiga<sup>7</sup>. Na obra *Politéia* (Política), previu a existência de três poderes essenciais em todo governo, o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provém as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (ARISTÓTELES. *Política*. (Coleção: Obra prima de cada autor). São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 87)

O modelo apresentado por Aristóteles, no entanto, resumia-se à mera separação de funções e de órgãos, com o fim de resguardar os interesses da comunidade e a participação de cada classe social aos exercícios das funções essenciais do Estado; Não tinha em vista a

---

<sup>5</sup> SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Separação de poderes: evolução até a Constituição de 1988 – Considerações. In: *Revista Informação Legislativa*, Brasília, nº 115, jul./set. 1992, p.210. / OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Vol. 14, nº 55, jul./set. 1997, p.57.

<sup>6</sup> Constituição mista, para Aristóteles, “será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o «exercício da soberania» ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, e comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político. [...] Atende, antes de mais nada, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objectivo de as compor na orgânica constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Neste sentido, constituição mista não é mais do que um sistema “político-social pluralmente estruturado.” (PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 33-35)

<sup>7</sup> ARISTÓTELES. *Política*. (Coleção: Obra prima de cada autor). São Paulo: Martin Claret, 2005.

necessidade de um pensamento mais complexo como o que viera a se firmar posteriormente com o intuito de balanceamento e fiscalização (*checks and balances*).

É, contudo, na era moderna, sobretudo com as instituições políticas, econômicas, sociais e religiosas da Inglaterra e França, nos séculos XVII e XVIII, que a teoria da divisão dos poderes se propaga em significativo valor jurídico. Irrefutável que o nome mais associado à célebre doutrina da separação dos poderes é o de Charles Louis de Secondat, barão de Montesquieu, haja vista o desenvolvimento de seu pensamento acerca da doutrina ter superado e influenciado substancialmente as sociedades mais do que a de qualquer um dos primeiros escritores considerados. Por óbvio que Montesquieu não inventou a teoria da separação, posto que muito da influência do que foi escrito no Livro XI, Capítulo VI de *De l'Esprit des Loix*, foi embasado nas idéias escritas de influentes pensadores ingleses contemporâneos a ele (Locke e Bolingbroke, *ressalte-se*), além da original vislumbração da ideia entre os estudiosos da antiguidade clássica. Contudo, foi em Montesquieu que a importância da doutrina, hoje tido como um dos princípios base de todas as Constituições ocidentais, tomou relevância e adquiriu maiores proporções.

No entanto, antes de adentrar no *Espírito das Leis* e limitando-se ao contexto histórico moderno, a primeira tentativa de estabelecer a separação entre as atividades do Estado ocorreu com a “Instrument of Government” de Cromwell, na Inglaterra. O Instrumento legitimou o poder de Oliver Cromwell e seus generais e tentou fornecer uma base jurídica para o governo Inglês, após os fracassos parlamentares na sequência das guerras civis. Ora, a Inglaterra passava pela trágica experiência de um longo período de guerras civis iniciadas em oposição ao absolutismo monárquico que tornara o Parlamento mera ficção durante a monarquia da Rainha Elizabeth I, da casa dos Tudors, seguida de Jaime I, da casa dos Stuarts<sup>8</sup>. O Rei era

---

<sup>8</sup> Quando a Rainha Elizabeth I, última descendente da Casa dos Tudors, assumiu o trono da Inglaterra, o governo parlamentar que vigorava neste País era uma mera ficção. O Parlamento era convocado, como simples formalidade, somente quando o soberano pretendia decretar medidas de aceitação duvidosa, ou então quando o utilizava para mascarar, com o rótulo de “concessões voluntárias dos representantes do povo”, as desapropriações e outras medidas tendentes a robustecer os proventos da Coroa. O pseudopoder legislativo corporificado no Parlamento prestava-se, desta forma, a quase tudo: suas convocações eram irregulares e as legislaturas desenvolviam-se por períodos muitos breves; a interferência do trono nas eleições fazia com que as duas câmaras parlamentares fossem preenchidas quase que exclusivamente por bajuladores; todos os instrumentos eram válidos para o soberano obter o apoio do órgão representativo, desde a adulação e o suborno, até o engodo e a ameaça. Assim a manutenção do Parlamento não se justifica a não ser como astuta manobra do soberano para disfarçar seu absolutismo. Com a morte de Elizabeth, em 1603, assumiu o poder o Rei James I (antes James VI da Escócia), primeiro monarca inglês da Casa dos Stuarts e fundador da última dinastia absolutista da Inglaterra. [...] a política de James I era de molde a despertar o antagonismo até nos seus súditos mais leais: insistia em criar impostos ou aumentá-los, através de atos não submetidos ao Parlamento; interferia na liberdade de comércio concedendo monopólios e extravagantes privilégios a companhias protegidas; [...] Paralelamente, James I negava à Câmara dos Comuns não-só o reconhecimento dos poderes de seus membros,

«*principal part of the Parliament*» e o Parlamento um «*single mixed sovereign body*», dotado de supremacia legislativa. No entanto, Jaime I, fundamentando a supremacia do seu poder no *jus divinum*, apenas pretendia ver no Parlamento um *King's council* e não o titular da supremacia legislativa<sup>9</sup>. Os manifestos aos dissabores absolutistas ensejaram a *petição de direitos de 1628*<sup>10</sup>, seguida da *Revolução Puritana*, que durou cerca de seis anos e despontou a figura de Oliver Cromwell.

A “Instrument of Government” de 16 de dezembro de 1653, tida como a primeira constituição escrita da Inglaterra, proclamou a República (Commonwealth) e estabeleceu, pelo menos no papel, uma separação entre os poderes: “O *Instrument of Government* estabelecia, portanto, um sistema de limites interorgânicos de tipo quase exclusivamente negativo, assente sobretudo na independência recíproca dos dois órgãos, qualquer deles despojado de mecanismos de efectiva influência na actividade do outro<sup>11</sup>”. Atribuiu o Poder Legislativo aos representantes do povo, instituindo poder de veto ao *Lord Protector* (Cromwell), enquanto o Poder Executivo permaneceu nas mãos do Lord, assistido por um Conselho. Por óbvio que, nesta altura, o Poder Judiciário permanecia como mera função subordinado ao Legislativo.

Com a morte de Cromwell, o regime “ditatorial disfarçado”, baseado na natureza autocrática e despótica de seu temperamento, também morreu, e o herdeiro Ricardo Cromwell não chegou a se prolongar no poder, até porque nem a República, nem o protetorado jamais haviam tido o apoio da maioria do povo inglês. Desta forma, o Parlamento recém-eleito formulou o convite ao príncipe Carlos para reassumir o trono ocupado por seu pai, tendo sido recebido com júbilo geral, haja vista a manifestação do novo monarca em não-reinar como

---

como também suas imunidades, isto é, a própria liberdade de opinião expedida no decorrer dos debates. Também a intolerância religiosa de James, anglicano fanático, causou profundos ressentimentos, lançando, no conjunto dessas circunstâncias, as sementes do conflito irreprimível que, pouco depois, iria abalar os alicerces de todo o Império britânico. O sucessor de James I foi seu filho Carlos I que alimentava as mesmas idéias pretensiosas acerca do poder real. Em face disto, logo tiveram início suas desavenças com os líderes da oposição parlamentar. (BOTTALLO, Eduardo Domingos. TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES: *antecedentes históricos e principais aspectos*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 102, jan./dez. 2007, pp. 25 – 46. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67747/70355>>. Acesso em: 13 ago. 2014.)

<sup>9</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., pp. 45-47.

<sup>10</sup> “A petição de Direito, votada pelo terceiro Parlamento de Carlos I (1625-1649), reafirmou os princípios postergados pelas tentativas absolutistas: a supremacia da lei, a necessidade de conformidade das medidas políticas do Rei com o Direito vigente, os direitos de liberdade e propriedade dos súditos perante a prerrogativa real, a possibilidade de defesa de qualquer acusado em processo jurídico regular.” (PIÇARRA, Nuno. Idem, p. 47.)

<sup>11</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 58-59.

déspota, mas sim respeitar o Parlamento e os princípios da Magna Carta<sup>12</sup>.

Não demorou para nova revolução insurgir ante as experiências e medos da recém vivida guerra civil, então os grandes problemas de ordem política e religiosa, ainda não definitivamente resolvidos, retornara, já no Reinado de Jaime II (sucessor do irmão Carlos I), com a chamada Revolução Gloriosa (1688-1689), que pôs termo definitivo à monarquia absolutista na Inglaterra, num evidente triunfo do Parlamento sobre o rei – e o nascimento de uma Monarquia Parlamentarista - com posterior aprovação pelo Parlamento de diversas leis com a finalidade de resguardar os direitos dos cidadãos e protegê-los contra a intervenção da Coroa. Dentre elas, está o *Toleration Act (24 de maio, 1689)*, que concedeu liberdade religiosa a todos os cidadãos, menos aos católicos, e a *Bill of Rights (16 de dezembro de 1689)* com diversas garantias aos cidadãos<sup>13</sup>. Melhor explica Edward McNall Burns:

[...] seria quase impossível exagerar o significado da revolução de 1688-89. Assinalando o triunfo final do Parlamento sobre o rei, punha termo definitivamente à monarquia absoluta na Inglaterra. Nunca mais uma cabeça coroada desafiaria, naquele país, o legislativo, como fizeram os Stuarts, nem mesmo Jorge III, celebrizado pela lenda da América colonial como ‘aquela besta do rei inglês’. [...] Por fim, a revolução gloriosa muito contribuiu para as revoluções americana e francesa dos fins do século XVIII. O exemplo dos ingleses, pondo por terra o governo absoluto, valeu como poderosa inspiração aos inimigos do despotismo em outras terras. Foi o ideal revolucionário inglês de um governo limitado que forneceu a essência da teoria política de Voltaire, Jefferson e Paine. E uma porção considerável do Bill of rights foi incorporada à Declaração dos Direitos do Homem, em 1789 na França e às dez primeiras emendas à Constituição americana. (BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. 2 ed. Porto Alegre: Ed. Globo, 1959. pp. 529- 530.)

O fim da Revolução Gloriosa foi, portanto, o marco do nascimento do Estado liberal e, apesar de não ter se dado de forma imediata a separação entre os três poderes, as ideias de Locke acerca da necessidade de proteção do Estado contra as fraquezas humanas e a separação entre os poderes legislativo e Executivo (estando o Judiciário vinculado ao primeiro), foram postas em prática após um longo período de “guerra” entre o Parlamento e a Monarquia inglesa.

Há quem fale que o verdadeiro arquiteto da teoria aqui descrita tenha sido Jonh Locke. Mas aqueles que entendem estar a doutrina associada à tríade «Legislativo-Executivo-Judiciário» apenas o consideram, sem deixar de atribuí-lo importância, um precursor da ideia mais tarde desenvolvida em Montesquieu. Outros afirmam que em Locke não há separação entre os poderes, mas uma mera distinção entre as funções estaduais<sup>14</sup>. De fato, a doutrina

<sup>12</sup> BOTTALLO, Eduardo Domingos. Op. cit., p. 31.

<sup>13</sup> BOTTALLO, Eduardo Domingos. Op. cit., p. 31.

<sup>14</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., pp. 63-64.

conheceu várias versões ao longo da história e errôneo seria tomar uma destas versões como absoluta e original. Há que se observar uma construção em que, a certa altura, recebeu contributos de diversos filósofos.

É sabido que a Inglaterra adotava um sistema de governo misto<sup>15</sup> (originalmente pensado por Políbio<sup>16</sup>), com o Legislativo dividido entre a Câmara dos Comuns, representando o povo, e a Câmara dos Lordes, representando a nobreza – aqui, pois, a origem do sistema bicameral – e o Executivo, representado pela figura do rei monarca, mas esse sistema já vinha sofrendo forte desequilíbrio:

The Peerage Bill of 1719, which would have set fixed limit to the number of Lords and removed the Crown's Power to appoint new peers, gave rise to a controversy in which nearly the entire English political community debated the principles of a mixed and balanced constitution. The pamphlet literature produced by this controversy provides some interesting insights into Augustan views on mixed government. Once again the principle of mixed government was paraded in a contentious setting. The opponents of the Bill saw it ruining the balance by giving too much Power to Lords; the proponents saw it restoring the balance by making Lords equal to the other branches. (KRAMNICK, Isaac. *Bolingbroke & His Circle: The Politics of Nostalgia in the Age of Walpole*. Ithaca, United States, 1992, p. 143.)

O surgimento do fenómeno político Gabinete, cujo chefe era o Primeiro-Ministro (distinto da pessoa do Rei) com relações estreitas entre o Parlamento (principalmente a Câmara Baixa), foi “progressivamente recorrendo a uma prática que ganhou dignidade institucional ao tempo de Walpole (1721-1742) e que consistia na corrupção e influência dos membros daquela, mediante a atribuição de cargos públicos, pensões e subsídios”. Contra essa prática, veio a oposição nos vários volumes do jornal *The Craftsman*, fundado em 1726, principalmente através de Bolingbroke, com o fim de exigir a separação entre os poderes e resgatar a doutrina inglesa clássica do governo misto, para assim garantir a liberdade individual e impor obstáculo à tirania<sup>17</sup>.

Eis, pois, mais uma vez, as controvérsias, agora quanto a ter sido Bolingbroke o autor de “uma nova teoria da separação dos Poderes”, atribuindo-o como grande professor de Montesquieu, que teria “embriagado-se” de sua idealização ao ler Bolingbroke em *The*

<sup>15</sup> “Monarquia mista foi, pois, a designação que assumiu a constituição mista como esquema constitucional para um substrato composto pelas potências rei, nobreza, representantes do povo, desconhecido das monarquias antigas e que, evidentemente, não nascera da exigência de dividir o poder unitário do Estado tomado como *prius* mas, justamente, da idéia contrária, ou seja, da exigência de compor numa unidade política as diversas ordens ou estados pré-existentes.” (PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 43.)

<sup>16</sup> Segundo Bobbio, o tema de equilíbrio de Poderes no governo misto de Políbio não se confunde com a teoria da separação e equilíbrio de poderes de Montesquieu, apesar de as teorias possuírem uma conectividade. (BOBBIO, N. *A Teoria das Formas de Governo*. Trad. Sérgio Bath. 1 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. pp. 103 e 126.)

<sup>17</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 85.

*Craftsman*. Robert Shackleton de Oxford<sup>18</sup> defendia que Montesquieu construiu sua noção de liberdade como algo ensejador de uma rígida separação de poderes governamentais, a partir das ideias de um estado misto em Bolingbroke:

But the extended thesis of Bolingbroke's novelty and influence on the great French writer has been developed more recently by Robert Shackleton of Oxford. His argument is twofold. He considers Bolingbroke the author of views on the separation of powers that were a novel departure from traditional ideas on the mixed state. He also claims that Montesquieu, who learned of Bolingbroke's ideas in *The Craftsman*, constructed from them his unique notion of liberty as consisting in a rigid separation of governmental powers. (KRAMNICK, Isaac. Op. cit., p. 144.)

Decerto, entre estado misto e separação de poderes, há de se realçar certas notáveis diferenças<sup>19</sup>. O primeiro denota a situação em que um Estado é composto por todas as três formas simples de governo - o poder legislativo é dividido e realizado em conjunto pelo monarca, nobreza e povo. Montesquieu vê a separação de poderes como uma ideia completamente diferente, que apoiou a divisão da autoridade política em três funções distintas e que seria atribuída a órgãos distintos e independentes. Outra característica distintiva é que a separação de poderes salienta a teoria dos freios e contrapesos de um Poder contra o outro, em contraponto ao estado misto, que combina todos os interesses da sociedade para prevenir ou protelar a inevitável degeneração do governo, e não para verificar o poder. É o que sugere Shackleton:

[...] separation of powers as a completely different Idea that supported the division of political authority into three separate functions and that would be assigned to distinct and independent bodies. A second distinguishing feature, Shackleton contends, is that the separation of powers also stresses the checking and balancing of one Power against another, whereas the mixed state combines all interests solely to prevent or stall the inevitable degeneration of government, not to check power. Checking and balancing is an outgrowth of the third and most distinctive feature of the separation of powers, a distrust of power itself, which, Shackleton suggests, is not present in the idea of the mixed state. He argues that these three features of the "separation of powers" are found in the theories of Bolingbroke, who put forward this novel doctrine with persistence and vigor in *The Craftsman*. "It was thence Montesquieu derived the notion, which he refined it and systematised it, was to become his most distinctive and influential contribution to constitutional theory." But one may ask whether Bolingbroke's ideas were really that novel and whether these distinctions are really tenable. (KRAMNICK, Isaac. Op. cit., p. 145.)

<sup>18</sup> Para uma melhor leitura sobre Bolingbroke Cf. : SHACKLETON, Robert. "Montesquieu, Bolingbroke and the Separation of Powers." In: *French Studies*, Vol. III, pp. 25-38, 1949.

<sup>19</sup> Ressalta Norberto Bobbio: "em seu significado original, o Governo misto é o resultado da distribuição do poder entre as diversas forças sociais, cuja colaboração há de servir para manter a concórdia necessária à convivência civil [...] a separação dos poderes resulta, em vez disso, da distribuição das três funções principais do Estado, legislativa, executiva e judiciária, por órgãos diversos." (BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. Giafranco Pasquino. *Dicionário de Política*. 5 ed. Vol. 1, Trad. Carmem C. Varrialle & outros, Brasília, UNB, São Paulo, IMESP, 2000, p. 559.)

Shackleton destaca características divergentes da ideia de separação de poderes e do conceito tradicional de governo misto, afirmando que estas características da "separação de poderes" são encontradas nas teorias de Bolingbroke, pois, para este, uma constituição equilibrada dependeria da independência recíproca entre os órgãos constitucionais, para assim garantir a mútua interdependência. É o que especificamente fala em *The Craftsman* (Vol III, pp. 85 e 87)<sup>20</sup>:

A dependência constitucional [...] consiste nisto: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando actua e afecta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controlo dos outros órgãos constitucionais; a independência consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente e sem qualquer influência directa ou indirecta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio. [...] Numa constituição como a nossa, a segurança do todo depende do equilíbrio entre os órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mutua independência.

Não há, no entanto, como precisar se a intenção de Bolingbroke foi, ao certo, a separação e independência absoluta entre os Poderes no sentido atribuído por Montesquieu, ou apenas a reestruturação de um estado misto original de equilíbrio. Mas foi Bolingbroke quem sugeriu a reformulação da tradicional balança *King in Parliament*, que atribuía o poder legislativo coordenadamente ao rei, à nobreza e ao povo. Bolingbroke atribuía ao Rei apenas uma *negative voice* diante da legislação, sem nenhuma participação no processo legislativo, haja vista não ser parte do referido órgão<sup>21</sup>. Essas ideias foram refinadas e sistematizadas pelo Barão, saindo do “domínio histórico” Inglês e tornando-se um critério universal do governo constitucional<sup>22</sup>.

Portanto, o grande diferencial de Montesquieu é que este articulou os elementos da constituição de uma forma diferente, colocando o Judiciário numa posição de independência e estabelecendo uma visão mais clara da separação dos poderes Legislativo e Executivo, diferente do pensado pelos escritores políticos ingleses. – “*Enquanto que, em Locke, o poder federativo e o poder de prerrogativa apresentaram carácter híbrido (são simultaneamente vontade e acção), Montesquieu já não concebe uma função que possa ter esta dupla*

<sup>20</sup> *The Craftsman* (Vol III, pp. 85 e 87) apud PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 86.

<sup>21</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 111.

<sup>22</sup> Ainda em *Dicionário de Política*, Nicola Matteucci leciona que Montesquieu combina o governo misto com a sua separação de poderes (Op. cit., p. 248-249): “Na técnica da separação dos poderes é introduzido um novo elemento: a divisão do poder legislativo [...] entre as classes ou os Estados medievais do reino. Na realidade, o Parlamento inglês é constituído pelo rei, pela nobreza temporal e espiritual, e pelo povo. Montesquieu, para obter o equilíbrio efetivo entre os diversos poderes, introduz em sua construção o ideal clássico do Governo misto, que fora buscar ao próprio pensamento político inglês.”

*natureza*<sup>23</sup>.” – Montesquieu percorreu, de fato, um longo caminho que possibilitou a transformação da teoria do governo misto para uma doutrina própria com a característica de freios e contrapesos em um sistema de agências separadas numa base funcional.

O Barão começou a partir de uma visão bastante sombria da natureza humana, em que viu o homem exibindo uma tendência geral para o mal, uma tendência que se manifesta no egoísmo, no orgulho, na inveja e na busca do poder. Isto, no campo da política, traduz-se numa maior e grave consequência, a tendência ao abuso do poder. Assim, a solução seria a moderação desse poder através da Constituição do governo e das leis (*rule of Law*). Portanto, a teoria clássica trouxe elementos capazes de estancar os impasses acerca da manutenção do controle do exercício do poder governamental, problema esse que tanto atormentou os teóricos das revoluções liberais do século XVIII, já que, embora cientes da importância da função governamental, tinham a percepção da necessidade de limitação dessa função, tendo em vista que a sociedade estava iniciando a quebra de um governo monárquico absolutista.

Em um breve contexto, a conhecida frase "*L'État, c'est moi*" ("O Estado sou eu"), proferida pelo rei Luís XIV, representa muito bem o poder do monarca absolutista na França. Esse regime iniciou-se após o final da Guerra dos Cem Anos (1337-1453) e suas devastosas reflexões no Estado Francês, embora tenha saído vitorioso. A figura centralizadora do rei mostrara-se fundamental para proporcionar unidade política e econômica à França. O rei Luís XI é, portanto, considerado o consolidador desse regime, mas o ápice fora marcado pelo "*Rei Sol*", Luís XIV (1643-1715): "*Orgulhoso, extravagante e autoritário, Luis nutria as idéias mais exaltadas possíveis acerca de sua posição de rei. Não-só acreditava ter recebido de Deus o encargo de reinar mas para ele, a sorte do Estado estava intimamente ligada à sua própria pessoa.*"<sup>24</sup>

O parlamento já havia sido destituído por Richelieu (cardeal que recebera, no reinado de Luiz XIII, em 1624, os negócios do Reino da França) que tirou a função legislativa dos Estados Gerais e atribuiu-as ao Grande Conselho ou Conselho de Estado, passando a elaborar as novas regras absolutamente vinculadas às vontades do monarca e sem nenhuma personificação da vontade popular, contribuindo para as revoltas no campo intelectual e

---

<sup>23</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit, pp. 92-93.

<sup>24</sup> BURNS, Edward McNall. Op. cit., p. 532.



posteriormente materializada na Revolução armada de 1789, pondo fim ao absolutismo francês<sup>25</sup>.

Assim, a elaboração da teoria de Montesquieu advém da importância atribuída à concepção de liberdade humana – ressalte-se o *Liberté, Égalité, Fraternité*, célebre lema da Revolução Francesa – tendo a experiência do absolutismo e a desconfiança nos magistrados do rei dado causa à dogmatização e ao enrijecimento do princípio da separação dos poderes, pois era hora de pensar num modelo capaz de frear o abuso de poder do monarca, com o desempenho de uma estrutura constitucionalista governamental com recursos de controle do exercício do próprio poder do governo, numa dicotomia “necessidade/limitação”.

A estratégia de Montesquieu conseguiu traçar limites do poder pelo poder<sup>26</sup>, defendendo a necessidade em atribuir uma função específica para cada um deles, além de dividi-lo em diferentes mãos. Para o Barão: “[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”. Isto porque: “é uma experiência eternal de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele”, salvo se “pela disposição das coisas, o poder freie o poder”<sup>27</sup>.

Viu-se, por fim, que Montesquieu incorporou em sua doutrina o pensamento político inglês do governo misto, da balança dos poderes, dos freios e contrapesos, assim como o da separação orgânico funcional vista em Bolingbroke. Quanto a essa última, tratou num sentido real e não na forma hipotética como fora abordado no pensamento Inglês<sup>28</sup>. A ideia de uma real separação entres os poderes propôs um balanceamento visando o equilíbrio entre Legislativo e Executivo (*a independência do Judiciário resumia-se ao privilégio de não se tornar objeto de controle dos outros dois Poderes*), de modo a impedir que um se sobressaia ao outro, servindo assim de freio (teoria dos freios e contrapesos), com um grande diferencial: colocou o Rei fora do poder Legislativo e o entregou a faculdade de tornar nula as resoluções

<sup>25</sup> BOTTALLO, Eduardo Domingos. Op. cit., p. 32-34.

<sup>26</sup> *In verbis* o original: “C’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le dirait! La vertu même a besoin de limites. Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Oeuvres Complètes de Montesquieu*. Paris: Chez Firmin Didot Frères, Libraires, M DCCC XXXVIII, p. 269)

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. “*O Espírito das Leis*.” (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultura, 1997, p. 75.

<sup>28</sup> Para o pensamento inglês: “a distinção entre função legislativa e função executiva é meramente hipotética e não real, determinada apenas pelo desejo de garantir o equilíbrio entre os órgãos convencionalmente designados por legislativo e executivo, em consonância com uma longa tradição.” (PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 106.)

elaboradas (*faculté d'empêcher*<sup>29</sup>), em outras palavras, a figura da “negative voice” de Bolingbroke (*vê-se, mais uma vez, a aproximação dos dois políticos*).

Certamente, diante de todo o histórico narrado, poucas são as inovações vistas em *O Espírito das Leis*, “dado que na sua versão coexistem idéias já definitivamente pertencentes ao passado e idéias destinadas a perdurar no futuro<sup>30</sup>”. Montesquieu contribuiu, pois, na propagação e “universalização” num contexto ocidental da doutrina da separação dos poderes como fundamental para o Estado Constitucional.

## 1.1 A era do Poder Legislativo

A divisão das três funções do governo (legislativo, executivo e judicial) refletem a resposta a problemas específicos nas sociedades ocidentais, tendo evoluído lentamente ao longo de muitos séculos. É importante perceber que as categorias que hoje formam a base para o pensamento sobre a estrutura do governo e sua operação são o resultado de um desenvolvimento gradual de ideias que refletem os problemas relativos à natureza do governo, claramente percebidas na Inglaterra e França do século XVII, e, ainda hoje, um tema a ser trabalhado.

As ideias dos antigos acerca da natureza da lei, remetem a uma conexão essencial entre a noção de governo e o conceito de suas funções, já que pressupõem pelo menos duas operações distintas: legislação e ação. Aristóteles, portanto, dividiu a ciência política em duas partes: *ciência legislativa* ou elaboração de leis, e *política*, que é a ação ou ciência deliberativa e jurídica, em outras palavras, o ato de colocar as leis em prática. A grande preocupação dos teóricos antigos era alcançar um equilíbrio entre as diversas classes da sociedade, portanto, a teoria característica da Grécia e Roma foi a do governo misto, com ênfase sobre o Estado de direito e a soberania da lei. Já no período medieval, a ideia de “fazer direito” por humanos estava subordinada à visão de que a lei era um padrão imutável e fixo de inspiração divina, podendo ser aplicada e interpretada pelo homem, mas não alterada por ele.

Assim, a concepção de um Poder Legislativo autônomo está diretamente vinculada ao surgimento da ideia de que a lei pode ser feita por ação humana, através de um poder

---

<sup>29</sup> “A *faculté d'empêcher* traduz-se num dispositivo atribuído a um órgão constitucional para controlar, limitar ou contrabalançar o poder de outro órgão.” (PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 111.)

<sup>30</sup> PIÇARRA, Nuno. Idem. Op. cit., p. 123.

específico para legislar. Portanto, como sugere Vile<sup>31</sup>, o impulso para o surgimento de um “Poder Legislativo” foi dado pelo desenvolvimento da teoria de comando da lei, ou seja, a visão de que a lei é essencialmente a expressão de uma ordem ou proibição, em vez de um padrão imutável de costume, visão esta que foi reforçada pelo surgimento da noção moderna de soberania popular como o repositório do poder de emitir comandos finais, significando, portanto, que pela autoridade do povo, as leis devem passar por adição, subtração, mutação, interpretação ou suspensão, na medida em que as exigências de tempo ou lugar, ou outras circunstâncias, tornam tal ação oportuna para o benefício comum.

Após as já relatadas experiências absolutistas, o Poder Legislativo surge como uma esperança para impor limites aos abusos monárquicos. Além dos excessos do Executivo, a função dos juízes, no século XVIII, chegou a ser considerada como um direito de propriedade, a qual poderia ser vendida ou comprada, transferida por *causa mortis* e até alugada. Era a prática privada de uma função pública, em que os magistrados vendiam a prestação jurisdicional. Todo esse contexto depositou desconfiança para com os juízes e foi por esse motivo que o Estado Revolucionário atribuiu ao Legislador a função de único porta-voz do povo<sup>32</sup>. Assim, em diferentes épocas do Século das Luzes, três principais filósofos políticos, que muito contribuíram com o Estado Constitucional, além de terem suas ideias embasado as revoluções americana (1776) e francesa (1789), proporcionaram o *status* de hegemonia do poder Legislativo. São eles: John Locke (1632-1704), Charles de Montesquieu (1689- 1755) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778)<sup>33</sup>.

Em *Dois tratados Sobre o Governo*<sup>34</sup>, o contratualista John Locke defende que a primeira e fundamental lei positiva de todas as repúblicas é o estabelecimento do Poder Legislativo, que, por sua vez, revela o poder supremo, sagrado e inalterável da comunidade, haja vista ter sido escolhido por esta mesma comunidade. Fala que, nos limites mais extremos do mesmo, se limita ao bem público e à preservação da sociedade, não tendo, portanto, outro

---

<sup>31</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2 ed. Oxford: Claredon Press, Ebook, 2012, Cap. 2. Disponível em: <[http://www.amazon.co.uk/reader/0865971757/ref=rdr\\_sb\\_li\\_hist\\_1&state=01111](http://www.amazon.co.uk/reader/0865971757/ref=rdr_sb_li_hist_1&state=01111)>. Acesso em: 18 ago. 2014.

<sup>32</sup> BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o Monopólio da hermenêutica Constitucional no Brasil: A interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 30-32.

<sup>33</sup> O autor acrescenta que “não se pode olvidar os contributos de pensadores como Aristóteles (cuja concepção de divisão dos poderes é, por óbvio, anterior à dos filósofos citados), Hobbes, Maquiavel, Tomás de Aquino, dentre outros tantos, os quais, por questão de objetividade, não serão aqui analisados”. (BATISTA JUNIOR, Edil. Op. cit., p. 26).

<sup>34</sup> Obra publicado por John Locke, em 1689, que delineia a teoria política da sociedade civil baseada no direito natural e na teoria do contrato social.

fim. Assim, nunca terá o direito a intenção de destruir, escravizar ou empobrecer os súditos.

*In verbis:*

Sect. 134. [...] the first and fundamental positive law of all commonwealths is the establishing of the legislative power; as the first and fundamental natural law, which is to govern even the legislative itself, is the preservation of the society, and (as far as will consist with the public good) of every person in it. This legislative is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it; Their power, in the utmost bounds of it, is limited to the public good of the society. It is a power, that hath no other end but preservation, and therefore can never have a right to destroy, enslave, or designedly to impoverish the subjects. [...] (LOCKE. John. *"Two Treatise of Government"*. Chapter. XI: OF THE EXTENT OF THE LEGISLATIVE POWER. [EBook #7370]).<sup>35</sup>

O filósofo explica que o Legislativo, ao receber da comunidade o direito e legitimidade de dirigi-la através das leis, deve estar sempre em movimento, dada a necessidade de contínua adequação da norma com as modificações sociais, ou até mesmo considerando a fragilidade da natureza humana, com o fim de evitar que as pessoas que recebem o poder de fazer as leis possam isentar-se de obediência ou elaborar a legislação com interesse distinto da comunidade. Assim, ao defender a supremacia legislativa, o filósofo garante que há no povo um poder supremo para remover ou alterar esse Poder quando agir contrário à confiança depositada para a obtenção do fim, que é a beneficência da comunidade. Com isso, a segurança consiste na possibilidade da comunidade conservar perpetuamente o poder supremo de salvar-se das tentativas e projetos de qualquer corpo, até mesmo de seus legisladores. *In verbis:*

“Sect. 143. THE legislative power is that, which has a right to direct how the force of the commonwealth shall be employed for preserving the community and the members of it. [...] And because it may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at power, for the same persons, who have the power of making laws, to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from obedience to the laws they make, and suit the law, both in its making, and execution, to their own private advantage, and thereby come to have a distinct interest from the rest of the community, contrary to the end of society and government: therefore in wellordered commonwealths, where the good of the whole is so considered, as it ought, the legislative power is put into the hands of divers persons, who duly assembled, have by themselves, or jointly with others, a power to make laws, which when they have done, being separated again, they are themselves

<sup>35</sup> Tradução livre: "Seita. 134 [...] a primeira e fundamental lei positiva de todas as repúblicas é o estabelecimento do Poder Legislativo; como o primeiro e fundamental direito natural, que é o de governar até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade, e (tanto quanto será composta com o bem público) de cada pessoa nele. Este Legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável, uma vez que a comunidade tenha colocado poder em suas mãos; [...] O seu poder, nos limites mais extremos do mesmo, é limitado ao bem comum da sociedade. É um poder, que não tem outro fim, mas a preservação e, portanto, nunca pode ter o direito de destruir, escravizar ou intencionalmente empobrecer os súditos. [...] (LOCKE, John. *"Dois Tratado do Governo"*. Capítulo XI: Da extensão do Poder Legislativo. [EBook # 7370]). Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>>. Acesso em: 29 mar.2014.)

subject to the laws they have made [...]” (LOCKE. John. *Two Treatise of Government*. Chapter. XII: OF THE LEGISLATIVE, EXECUTIVE, AND FEDERATIVE POWER OF THE COMMON-WEALTH. [EBook #7370]).<sup>36</sup>

Sect. 149. THOUGH in a constituted commonwealth, standing upon its own basis, and acting according to its own nature, that is, acting for the preservation of the community, there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate, yet the legislative being only a fiduciary power to act for certain ends, there remains still in the people a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them: for all power given with trust for the attaining an end, being limited by that end, whenever that end is manifestly neglected, or opposed, the trust must necessarily be forfeited, and the power devolve into the hands of those that gave it [...] And thus the community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of any body, even of their legislators [...]. (LOCKE. John. *Two Treatise of Government*. Chapter. XIII: OF THE SUBORDINATION OF THE POWERS OF THE COMMON-WEALTH. [EBook #7370]).<sup>37</sup>

Locke, contratualista e partidário da monarquia constitucional, deixa claro a importância da supremacia legislativa e assegura que cabe ao legislador a função de distribuir justiça e decidir acerca dos direitos dos súditos por intermédio das leis por eles promulgadas, sendo os juízes responsáveis por dirimir controvérsias unicamente de acordo com o estabelecido na lei. Comenta, Nuno Piçarra, que “a lei positiva (e não o monarca absoluto como em Hobbes) é que é o remédio contra a insegurança e a ausência de paz, [...] ela é o garante e a medida da liberdade individual, ainda que ponha, em muitos casos, restrições à liberdade tutelada pela lei natural.”<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Tradução livre: Seita. 143. O Poder Legislativo é, pois o que tem o direito de dirigir a maneira como a força da comunidade deve ser empregada para preservar a própria comunidade e a seus membros. [...] E porque pode ser muito grande a tentação ante a fragilidade humana apta para captar a energia para si mesma, os que têm, portanto, o poder de fazer as leis e também o poder de executá-las, podem isentar-se de obediência às leis que fizeram, ou adequar a lei, tanto na sua elaboração e execução, em seu próprio benefício privado, e, assim, vir a ter um interesse distinto do resto da comunidade, contrário ao fim da sociedade e do governo: portanto, em commonwealths wellordered, onde o bem do todo é assim considerado, como deveria, o Poder Legislativo é colocado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente estruturados, têm por si só, ou em conjunto com outros, o poder de fazer leis. Mas, estando esse corpo separado novamente, os mesmos estão sujeitos às leis que fizeram. (LOCKE, John. *Idem*. Capítulo. XII: Do Legislativo, Executivo, e Poder Federativo da COMMON-WEALTH. [EBook # 7370]). Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>>. Acesso em: 29 mar.2014.)

<sup>37</sup> Tradução livre: Seita. 149. Embora em uma comunidade constituída, de pé em cima de sua própria base, e agindo de acordo com sua própria natureza, isto é, agir para a preservação da comunidade, não pode haver senão um poder supremo, que é o Legislativo, ao qual todo o resto é e deve ser subordinado, mas o Legislativo sendo apenas um poder fiduciário para agir em certos fins, ainda há no povo um poder supremo para remover ou alterá-lo, quando encontrarem o ato legislativo contrário à confiança depositada por eles: para todo o poder dado com confiança para a obtenção de um fim, sendo limitado por isso, sempre que tal for manifestamente negligenciado, ou em oposição, a confiança deve necessariamente ser perdida, e o poder voltará às mãos daqueles que o deu, que pode colocá-lo novamente onde julgarem melhor a sua segurança. E assim a comunidade conserva perpetuamente um poder supremo de salvar-se das tentativas e projetos de qualquer corpo, até mesmo de seus legisladores. (LOCKE, John. *Idem*. Capítulo. XIII: Da subordinação dos poderes da COMMON-WEALTH [EBook # 7370]). Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>>. Acesso em: 29 mar.2014.)

<sup>38</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., pp. 68-69.

O filósofo pressupunha a existência de três requisitos à caracterização do regime democrático: a) uma lei estabelecida, fixa e reconhecida mediante o consentimento comum; b) um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar, de acordo com a lei estabelecida, os litígios porventura existentes; c) um Poder Executivo para apoiar a sentença prolatada com base legal<sup>39</sup>.

Na obra “*O Espírito das Leis*”, o Barão de Montesquieu fala acerca da existência dos três tipos de poderes em cada Estado, estabelecendo que, para que um cidadão tenha “liberdade política”, o que, para o autor, é sinônimo de “tranquilidade de espírito”, é necessário que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão, não sendo possível a reunião de mais de um poder nas mãos de uma só pessoa. Diz o filósofo:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está em reunião ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (Montesquieu, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Op. Cit., p. 75)

Ao contrário de Locke, Montesquieu não se manifestou de forma expressa pela supremacia de nenhum dos três poderes, no entanto, na prática, o filósofo tinha o Judiciário como um poder nulo, afastando-o de qualquer papel ativo que o juiz pudesse vir a exercer. Na verdade, considerava o Judiciário apenas uma função do Estado. Para ele (Op. Cit., p. 75-76), “[...] o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, riem a certa profissão, toma-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados.” Continua com a célebre conclusão de que “ao juiz cabe o papel de ser caixa de ressonância das leis. Sendo eles seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das normas legisladas<sup>40</sup>”, formulação essa que popularizou a expressão “juiz boca de Lei”<sup>41</sup>.

Grande era o respaldo que Montesquieu atribuiu ao legislador, pois, por exemplo, no julgamento dos grandes poderosos, nos casos em que a lei fosse considerada rigorosa ou nos

<sup>39</sup> BATISTA JUNIOR, Edil. Op. cit., p. 28.

<sup>40</sup> MONTESQUIEU. Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Op. Cit., p. 78.

<sup>41</sup> Assim fala Montesquieu em sua obra “Espírito das Leis”, quando afirma “*les juges de la nation ne sont , comme nous avons dit , que la bouche qui prononce les paroles de là loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur..*” (“Os juízes da nação são a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados que não podem moderar a sua força ou afastar o seu rigor .. ”. – tradução livre). (MONTESQUIEU. *Oeuvres Completes de Montesquieu*. Op. Cit., p. 269.)

crimes praticados contra o interesse público, eram os legisladores que gozavam da prerrogativa do julgamento. O legislador era o elo entre o governo e o povo.

O que restou à Europa Continental foi a adequação da teoria pensada por Montesquieu às condições em que se encontrava a sociedade àquela época, que os levou a garantir a adequação do Poder não representativo do povo (Judiciário) aos poderes representativos (Executivo e Legislativo)<sup>42</sup>. Interessante que o reflexo desse contexto é visto até os dias de hoje na França, já que o país mantém o Judiciário apenas como função administrativa do Estado, fator esse que também foi influenciado pela teoria da representação política de Sieyès na Assembleia Constituinte da primeira Constituição francesa<sup>43</sup>.

Foi com Rousseau que o discurso legislativo atingiu supremacia em detrimento dos demais Poderes, atribuindo à lei o *status* de algo rígido e inatacável, pois, se os legisladores são os representantes legítimos do povo por terem sido por eles eleitos, e, partindo do pressuposto de que “*a vontade do povo é a vontade de Deus*”<sup>44</sup>, as leis nada mais eram do que o reflexo da soberania popular<sup>45</sup>, ideia que, mais tarde, embasou a revolução francesa que rogava pelo fim da monarquia e a instauração democrática do governo<sup>46</sup>.

A concepção rousseauiana<sup>47</sup> visava encontrar uma instituição de uma autoridade legítima capaz de garantir e preservar a liberdade característica da natureza humana, pelo que

---

<sup>42</sup> BATISTA JUNIOR, Edil. Op. cit., p. 29: “*A primazia da lei na teoria das fontes do direito relegou o Poder Executivo e, nomeadamente, o Poder Judiciário a um papel secundário no cenário sociopolítico. Estabeleceu-se uma relação de subordinação entre legislador, executor e juiz, atuando este último mecanicamente, limitando-se a utilizar o critério clássico-gramatical para a compreensão dos textos normativos.*”

<sup>43</sup> Sieyès fala que a delegação do poder decorrente do voto popular é requisito essencial para o exercício do poder. Além disso, os juízes franceses eram descendentes da classe dominante, de maneira que seria inconcebível mantê-los sem qualquer controle no que se refere à investidura no referido Poder da República (SIEYÈS, 1973). Influenciado por esse pensamento, o artigo 2º da primeira Constituição francesa diz: “*A nação, de onde emanam todos os Poderes, só pode exercê-los por delegação*”. (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: que é o Terceiro Estado?* BASTOS, Aurélio Wander (Org.). Trad. Norma Azerado. Rio de Janeiro: Liber Jûris, 1986, p. 116-117.)

<sup>44</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a economia política do contrato social*. Trad. De Maria Constança P. Pissara. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 26.

<sup>45</sup> A esse respeito fala Sahid Maluf: “*para Rousseau o Estado é convencional, resulta da vontade geral, é uma soma manifestada pela maioria dos indivíduos numa sociedade*”. (MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02.)

<sup>46</sup> “*Com a ascensão dos parlamentos dos diversos países europeus, como reais representantes populares e veiculadores da soberania da lei, expressão maior da vontade geral, à magistratura restou um papel secundário, de desconfiança e de eterna vigilância pelo legislador, nomeadamente em face dos abusos cometidos nos períodos que antecederam a derrubada do Ancien Régime.*” (SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula Vinculante: Um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 26.)

<sup>47</sup> Ressalte-se, como observa Jorge Miranda, há um contraste entre Montesquieu e Rousseau, especificamente entre os caps. IV e VI do Livro XI de “O espírito das Leis” e o cap. I do Livro III do “Contrato Social”, haja vista que Rousseau admite uma distinção entre as funções legislativa e executiva, mas considera a primeira como a única soberana, tratando a segunda como mera intermediária, ou seja, opõe-se à separação de poderes ao

acreditava que esta apenas viria através de uma convenção, ou seja, de um acordo celebrado entre o associado e à instituição, onde “cada associado alienará, sem reserva, todos os seus direitos à comunidade, colocando-se sob a direcção suprema da vontade geral”. Continua Nuno Piçarra: “Deste acto de associação nasce um «corpo moral e colectivo» ou «corpo político» ou República [...] A colectividade dos associados constitui o povo e cada um deles é cidadão ou súbdito consoante, respectivamente, partícipe da autoridade soberana ou a ela esteja sujeito”. O conceito rousseauiano de lei, posteriormente desenvolvido por Kant, estabelece que a vontade geral é a essência do corpo político, portanto, o único ato soberano de um Estado constitucional resume-se às próprias leis, reduzindo os demais atos do Estados em mera aplicação e execução destas. “O povo soberano é um ser colectivo unitário e homogéneo, composto pela totalidade dos cidadãos, livres e iguais, enquanto partícipes da formação da vontade geral e do seu único modo de expressão possível: a Lei.<sup>48</sup>”

Em contraponto, observou-se que a totalização legislativa e a consequente falta de equilíbrio levaram a uma incoerência sistêmica, em que o Legislativo, por não acompanhar a pluralidade de compreensões dos fenômenos jurídicos, deu margem para a prolação de decisões contraditórias, portanto, uma incoerência à crença legal-racional estabelecida<sup>49</sup>. Se antes se podia afirmar que *cada cabeça era uma sentença*, agora as decisões divergentes deveriam ser descartadas, fortificando a ideia de que as decisões deveriam ser vinculadas para garantir a justiça<sup>50</sup>. A consequência desse enaltecimento Legislativo, utilizado para proteger as práticas despóticas dos monarcas, foi um total enrijecimento na aplicação e elaboração das leis.

---

considerar que o Executivo só existe em função do corpo social, e esse tem sua expressão apenas no Legislativo. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional do Estado*. Tomo III, 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 389-390).

<sup>48</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., pp. 125-139.

<sup>49</sup> “o legislador não tolerou a pluralidade de compreensões do fenómeno jurídico decorrente da divergência teórica sobre o direito (...) E foi no bojo dessa ideologia totalizante que a possibilidade de decisões contraditórias se transformou em uma suposta incoerência sistêmica, representando um risco à crença legal-racional estabelecida.” (BATISTA JUNIOR, Edil. Op. cit., p. 33).

<sup>50</sup> “A solução encontrada foi a radical redução da discricionariedade legal-interpretativa judiciária proporcionada pela promulgação de uma legislação pretensamente perfeita que, de tão clara e evidente, não apenas dispensou, senão proibiu a interpretação por parte dos magistrados. A tarefa jurisdicional se limitou a determinar o alcance da norma.” (BATISTA JUNIOR, Edil. Op. cit., p. 35).



## 1.2 Sobre o enaltecimento do Poder Judiciário, o peculiar *Common Law* Norte Americano e o “*check and balance*”

O *Common law*<sup>51</sup> (do inglês "direito comum") é o sistema jurídico que nasceu na Inglaterra e propagou-se, de um modo geral, pelos diversos países que em algum ponto foram intercedidos pela colonização do Império Britânico<sup>52</sup>. Seu desenvolvimento se deu, a partir de 1066, com a conquista normanda e a instauração de um poder administrativo central forte, já que antes os regramentos eram definidos por cada tribo. Assim, as *decisions* judiciais, promulgadas pelos Tribunais de *Westminster*, eram consideradas o “*direito comum*” (*Common Law*) do reino, de onde advinha essencialmente o regramento da sociedade.

Graças às condições constitucionais inglesas, consideradas, em certo sentido, uma Constituição não escrita (*unwritten Constitution*), dada a construção consuetudinária das regras de organização do poder político, além da ausência de unidade do texto constitucional<sup>53</sup>, o poder judiciário e o *rule of law* ganham importante papel nesse sistema. Constitui-se, contudo, em uma família do direito protagonizada pelos juízes, autores dos conjuntos de precedentes (*common law*), que serão base para a decisão dos casos semelhantes (princípio do *stare decisis*). Sobre a figura do Juiz como senhor do *common law*, melhor explica o professor de Toulouse, Maurice Hauriou:

Os Anglo-Saxões permaneceram fiéis à autêntica tradição clássica para a qual o juiz é o órgão essencial do Direito. Na verdade, definem o Direito através do juiz: é

<sup>51</sup> Em contraponto à essa família jurídica, é àquele oriundo das tradições romano-germânica, que os Ingleses chamam de sistema jurídico de *civil law*, tendo como marco inicial a reunião de todas as leis do continente europeu pelo imperador Justiniano, que as consolidou em um único código, *Corpus Juris Civilis*.

<sup>52</sup> O *common law* é a base dos sistemas jurídicos da Inglaterra e do País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda, do direito federal e estadual dos Estados Unidos (exceto o direito da Louisiana), do direito federal e provincial do Canadá (exceto o direito civil do Quebec), Austrália (tanto o direito federal quanto o estadual), Nova Zelândia, África do Sul, Índia, Malásia, Brunei, Paquistão, Singapura, Hong Kong e muitos outros países geralmente de língua inglesa ou membros da *Commonwealth* (exceto Malta e a Escócia). Como regra, todos os países que foram colonizados em algum momento pela Inglaterra ou pelo Reino Unido usam o *common law*, exceto os que já haviam sido colônias de outro império, caso do Quebec (que segue o sistema jurídico francês), da África do Sul e do Sri Lanka (que seguem o sistema romano-germânico de origem neerlandesa), onde o sistema romano-germânico anterior foi mantido para respeitar os direitos civis dos colonos locais. O sistema indiano de *common law* também é uma mistura de direito inglês com direito hindu local, exceto no estado de Goa, que mantém o código civil português. O sistema jurídico da Nicarágua também mescla o *common law* inglês com o sistema romano-germânico, devido à administração britânica da porção oriental do país desde meados do século XVII até cerca de 1905, ademais de intervenções e influências estadunidenses posteriores. (Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://pt.wikipedia.org/wiki/Common_law)>. Acesso em: 19 dez. 2013.)

<sup>53</sup> Numerosas são as leis constitucionais escritas: desde a *Magna Charta* (1215), a Petição de Direitos (1628), a Lei de *Habeas Corpus* de 1679 e a Declaração de Direitos (1689) ao Acto de Estabelecimento (1701) e ao Acto de União com a Escócia (1707); e desde as leis eleitorais dos séculos XIX e XX, as leis sobre o Parlamento de 1911 e 1949 e o Estatuto Westminster (1931), à lei sobre os Ministros da Coroa (1937), às leis sobre o pariatato de 1958 e 1963 e as leis de reforma constitucional dos últimos anos. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Preliminares: O Estado e os Sistemas Constitucionais*. Tomo I, 9 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.130).

Direito o que é *aplicável pelo juiz*. [...] 2º O juiz anglo-saxão é o grande poder social e jurídico, por ser capaz de contrabalançar os poderes políticos. Em primeiro lugar, o juiz anglo-saxónico é um grande poder social, pois que ele que faz justiça a todo o povo... [...] No desempenho da sua missão o juiz anglo-saxónico é o senhor de Direito; o que ele não aplica não é Direito. **E, na verdade, ele é o senhor da *common law*, por ser ele que a faz e continua a fazer mediante a sua jurisprudência.** (HAURIOU, Maurice. apud MIRANDA, Jorge. Tomo I. Op. cit., p.132, grifo nosso).

A *Common Law* navegou até o continente Norte Americano, colonizado em meados do século XVI, pelos grupos ingleses fugidos das perseguições religiosas na Inglaterra. A crescente sociedade colonial que se formava nas treze colônias precisava de regramentos, e o direito inglês passou a ser incorporado com o grande auxílio da literatura de William Blackstone e seu “*Commentaries on the Laws of England*”<sup>54</sup>, no entanto, o *common Law* nesse país começou a adquirir características peculiares e distintas da Pátria-mãe. Contudo, a influência das tradições romano-germânicas advindas de outros Países europeus, a exemplo da França, estimulou naquelas colônias um misto de tradições, comprovado pela criação de uma Constituição, após a guerra pela independência. Sobre essa peculiar formação da *Common Law*, fala René David:

Os Estados Unidos continuaram a ser um país de *common Law* no sentido de que lá se conservam, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês. Contudo, na família da *common Law* o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade. (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2 ed. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 362-363.)

Com isso, a interpretação americana para a teoria da separação dos poderes de Montesquieu se moldou em função das condições históricas e políticas pelas quais o Norte da América passava, já que vivia num período de revoluções, pretendendo ser livre das imposições da Inglaterra. Os norte-americanos queriam cercear a instauração da ditadura legislativa inglesa sobre suas colônias e, para isso, precisavam de um Judiciário forte com o fim de fiscalizar a atuação do poder Legislativo.

Através de um direito fundamental de origem judicial (*common law*), superior ao direito parlamentar (*statute law*), a jurisprudência ocupa a posição de fonte principal, embora conte com uma Constituição dotada de supremacia, na qual os *case law* (casos fáticos) são as principais fontes do Direito, já que geram o espaço para o magistrado criar regras de

---

<sup>54</sup> BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England. In four Books*. The Eleventh Edition. London: 1791. Disponível em: <[https://play.google.com/books/reader?id=DVvkzAAAAIAAJ&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PP7](https://play.google.com/books/reader?id=DVvkzAAAAIAAJ&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=pt_BR&pg=GBS.PP7)>. Acesso em: 18 ago.2014.

conduta<sup>55</sup>. Nesse sentido, conclui Alexis Tocqueville<sup>56</sup>: em não havendo litígio, ao juiz é defeso pronunciar-se, pois deve sempre esperar que haja uma demanda para agir, fundamentando seus veredictos na Constituição, mais do que nas leis, ou seja, a eles é permitido não aplicar leis que lhes pareçam inconstitucionais.

No modelo norte-americano, como afirma Cappelletti em sua obra *Juízes Legisladores?*, “o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito.”<sup>57</sup> Portanto, o espírito do *common law*, ou seja, de um sistema jurídico que apoia a criação do seu direito a partir dos casos julgados, interfere na maneira como os juízes e tribunais consideram o direito legislado, e, tanto na Inglaterra, como nos Estados Unidos, como fala René David (p. 347 e 402) “as leis são plenamente integradas no direito apenas quando o seu alcance foi determinado por decisões judiciais.”<sup>58</sup>

O grande contributo da interpretação americana à teoria de Montesquieu foi, contudo, o aperfeiçoamento da relação de equilíbrio e controle entre os poderes, a ideia do *check and balance*, presente na Constituição estadunidense. Os federalistas americanos consideravam que a separação de poderes de Montesquieu era simplista ante a complexidade da sociedade americana e, através da convicção de que todo homem é movido pela sua ambição, imprescindível seria a necessidade de controlá-la. Ora, a fórmula encontrada pelos Federalistas residia na própria ambição humana. Através dela, os três poderes de igual força política exerceriam uma fiscalização e controle uns sobre os outros, freando os excessos e proporcionando o equilíbrio. Como diz Vile<sup>59</sup>, a doutrina da separação de poderes não é um

---

<sup>55</sup> Nesse sistema (*common Law*) diz Elival da Silva Ramos em seu estudo sobre o Ativismo Judicial: “Diante de um precedente, os órgãos incumbidos do exercício da função jurisdicional se comportam como o fazem os magistrados nos sistemas romano-germânicos diante da Constituição ou da lei: primeiro verificam a pertinência do julgado diante do caso que lhes é trazido a julgamento, pois podem entender que a norma dele inferida não é aplicado à controvérsia atual, em razão de diferenças relevantes no respectivo material fático (a técnica do *distinguishing*); em segundo lugar, procede-se ao refinamento da interpretação do texto da decisão precedente, do que poderá resultar a restrição ou ampliação dos efeitos da norma a ela acoplada ou até mesmo o reconhecimento da revogação, total ou parcial, do precedente (a técnica do *overruling*); finalmente, na hipótese de se assentar a imprestabilidade do precedente para o caso *sub judice*, o juiz ou o tribunal produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do *common Law*, no raciocínio análogo ou na equidade, de forma similar ao procedimento de integração de lacunas nos sistemas de *civil Law*, mas com a relevante diferença de que essa decisão inovadora, se dotada por tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo.” (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106).

<sup>56</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na America*. Livro 1 Leis e Costumes. 2. Ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 112-113.

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993, p. 123.

<sup>58</sup> DAVID, René. Op. cit., p. 347 e 402.

<sup>59</sup> *In verbis* o que explica Vile: “The doctrine of the separation of powers” is by no means a simple and immediately recognizable, unambiguous set of concepts. On the contrary it represents an area of political thought

conjunto simples e imediatamente reconhecível sem ambiguidades de conceitos, posto ter sido pautada numa confusão extraordinária na definição dos seus termos. Isoladamente, como uma teoria de governo, a doutrina não conseguiu fornecer uma base adequada para um sistema político eficaz e estável. Por conseguinte, foi combinada com outras ideias políticas, tais como a teoria do governo misto, a ideia de equilíbrio, o conceito de freios e contrapesos, para que, juntas, pudessem formar as teorias constitucionais complexas que forneceram a base dos sistemas políticos ocidentais da modernidade.

Avançando na história e ressaltando a ênfase do Poder Judiciário Norte Americano, foi, sobretudo a partir do *judicial review*, introduzido pelo célebre *Marbury versus Madison (1803)*<sup>60</sup>, que emergiu o princípio da “supremacia da Constituição” e o Poder Judiciário ganhou destaque na sua proteção, consolidando, por conseguinte, o sistema de *check and balance*.

---

in which there has been an extraordinary confusion in the definition and use of terms. Furthermore, much of the specific content of the writings of earlier centuries is quite inappropriate to the problems of the mid twentieth century. The doctrine of the separation of powers, standing alone as a theory of government, has, as will be demonstrated later, uniformly failed to provide an adequate basis for an effective, stable political system. It has therefore been combined with other political ideas, the theory of mixed government, the idea of balance, the concept of checks and balances, to form the complex constitutional theories that provided the basis of modern Western political systems.” (VILE, M. J. C. Op. cit., 2012.)

<sup>60</sup> O caso, em simples linhas, se deu em decorrência do *writ mandamus* (mandado de segurança) impetrado junto à Suprema Corte Americana em face do então secretário de governo James Madison, que havia sido ordenado por Thomas Jefferson a não empossar Marbury no cargo de *Justice of Peace* (juiz de paz); em manifestação, o juiz John Marshall, num ato de grande visão jurídica e política, explicou que, embora a nomeação de Marbury atendesse aos pressupostos de legalidade e legitimidade, a corte não tinha competência para emitir o *mandamus*, pois o previsto na seção 13 do *Judiciary Act* de 1789 (que atribuía competência à Suprema Corte), estava eivado de inconstitucionalidade, haja vista que a matéria sobre “competência” pertencia restritivamente à Constituição e não ao judiciário. Logo ficou claro que Marshall havia anulado um ato do Congresso, ressaltando o caráter superior da Constituição, e dando início ao embrião do controle difuso incidental de constitucionalidade. (Cf. U.S.A., Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 24 mar. 2013.)

## CAPÍTULO II

### CONTEXTUALIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

#### 1. Expansão do Judiciário: Entre Judicialização e Ativismo Judicial

Não há como vincular a expansão global do Poder Judiciário a um único fato gerador, pois observa-se, numa análise histórico-cultural de diversos países que apresentam, nos dias de hoje, essa característica, fatores específicos dos processos individuais de (re) constitucionalização e (re) democratização de cada nação. Sem dúvida alguma, a “chave” da expansão está com a possibilidade de *revisão constitucional*, e o poder dos tribunais para derrubar a legislação incompatível ao texto maior, inovação da ordem constitucional norte-americana que se tornou uma norma de constituição-escrita democrática, considerando que, antes da Segunda Guerra Mundial, apenas uma pequena parcela de constituições continha disposições para a revisão constitucional.

Nesse sentido, Tom Ginsburg, em *The Global Spread of Constitutional Review*, explica que a disseminação da revisão constitucional tem duas bases ideacional e institucional: Revisão constitucional está intimamente associada na mente popular com o que tem sido caracterizado como a ideia mais importante do século XX, a noção de direitos humanos (Henkin 1990). Mas os cientistas políticos têm enfatizado a sua origem em uma necessidade funcional para resolução de disputas<sup>61</sup>.

Ginsburg pontua três grandes momentos da instituição da revisão constitucional e consequente expansão judicial. A primeira grande “onda”, embora convencionalmente rastreada até a famosa decisão de John Marshall no caso *Marbury versus Madison (1803)*, teve início nos governos coloniais anteriores (Snowiss 1990; Marcus 1995; Rakove 1997; Treanor 2005). O que o leva a concluir que foram um conjunto de ideias distintas que se uniram em torno do tempo da Revolução Americana, instituindo tal prática. Uma dessas ideias de “plano de fundo” baseou-se em noções judaico-cristãs de direito superior (Cappelletti 1989). A associação é simples: se um sistema normativo divide as regras em lei

---

<sup>61</sup> GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: *OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS* ((Keith Whittington and Daniel Keleman, eds.) University of Chicago Law School Draft, 2008, p.1. Disponível em: <[http://www.lexglobal.org/files/044\\_global\\_spread\\_of\\_constitutional\\_review-published.pdf](http://www.lexglobal.org/files/044_global_spread_of_constitutional_review-published.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

superior e lei inferior, há, por consequência, uma necessidade inerente de limitar as leis menores que entrem em conflito com os princípios mais elevados. Outra ideia fundamental era a noção lockeana do governo como contrato social, para que os cidadãos tomassem o governo como um portador de deveres e a si mesmos como portadores de direitos<sup>62</sup>.

A segunda “onda” de revisão judicial encontra-se pautada na Constituição austríaca, em meados de 1920, com Hans Kelsen, e assentava numa forte orientação teórica de juízes como subordinado ao parlamento. Portanto, a interpretação constitucional precisava ser feita por um organismo designado fora do poder judicial ordinário, o que levou à fundação de um Tribunal Constitucional especial para salvaguardar a ordem constitucional. Esse modelo foi copiado pela lógica federalista de revisão constitucional, tornando-se base dos tribunais constitucionais pós-Segunda Guerra Mundial na Europa. Isto porque a revisão constitucional, num cenário pós-guerra, estava intimamente associada à proteção de direitos. Ainda, fora da Europa, a onda de descolonização e reconstrução constitucional levou outros países a adotar o esquema da revisão constitucional<sup>63</sup>.

A terceira grande “onda” traz um período de (re)democratização, com marco na queda do muro de Berlim (1989), e correspondeu a uma nova era de constituições escritas, levando à criação de um novo conjunto de tribunais constitucionais. De fato, o resultado propagado pela comunicabilidade global é que a grande maioria das constituições mundo afora têm alguma possibilidade de revisão judicial, seja por um tribunal constitucional designado ou um tribunal ordinário<sup>64</sup>.

Outro grande contributo da expansão judiciária respalda-se na polémica de que toda questão política relevante passa a ser uma questão judicial, devido à constitucionalização que

---

<sup>62</sup> GINSBURG, Tom. *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>63</sup> O texto original, *in verbis*: “This model of a designated constitutional court became the basis of the post-World War II constitutional courts in Europe. Though many mistakenly assert that most European countries have designated constitutional courts, in fact there were only five of the Kelsen model in Western Europe: Austria, Germany, Italy, Portugal and Spain. It is no accident that these are the post-fascist countries: the conventional account traces these developments to a new post-war awareness of rights and natural law limitations on the power of legislatures (Cappelletti 1989). The courts were adopted along with constitutions that had extensive rights provisions, and constitutional review became associated with protection of rights. [...] Outside Europe, the wave of decolonization and constitutional reconstruction led other countries to adopt constitutional review. (GINSBURG, Tom. *Ibidem*, p.4.)

<sup>64</sup> O autor faz a importante conclusão: “*In summary, constitutional review has evolved from an institution primarily directed at enforcing structural provisions of constitutions, such as federalism, to a close identification with rights and democracy. It has served to help spread liberal and democratic values to new constitutional cultures.*” (GINSBURG, Tom. *Ibidem*, p.6.). (Tradução livre: Em resumo, a revisão constitucional evoluiu de uma instituição essencialmente dirigido para fazer cumprir as disposições estruturais de constituições, tais como o federalismo, a uma identificação estreita com direitos e democracia. Ela tem servido para ajudar a espalhar os valores liberais e democráticos a novas culturas constitucionais.)

passa a abranger quase todos os problemas políticos do estado. Junto a esse fator, há a consequência do papel que o Judiciário passa a assumir, não só como guardião da Constituição, mas como garantidor dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos e a possibilidade de alegativa, quase sempre, do princípio da dignidade da pessoa humana. Eis, pois, o berço do contexto favorativo à proatividade judicial, ao ativismo. Todos os temas serão trabalhados a seguir.

### **1.1 O papel da Jurisdição Constitucional – O guardião da Constituição!**

Da jurisdição constitucional deriva a capacidade de tutelar os direitos fundamentais, portanto, deve intervir na promoção da realização material desses direitos, e, ao atuar em nome da manutenção do processo democrático, deve invocar o justo e o digno, inclusive perante a própria lei. Assim, no exercício de suas funções, o Poder Judiciário tem o dever *maximum*, enquanto guardião da Constituição (*Hüter der Verfassung*), de fiscalizar a compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a lei fundamental, consequência do grau hierárquico superior normativo das Constituições escritas. Diz Jorge Miranda:

Fazer com que a efetividade dos direitos sociais, fundamentais e democráticos aconteça por meio de uma prática jurídico-constitucional, conduz à concretização e ao aperfeiçoamento de avanços no campo social, ao mesmo tempo, que valorizará a Constituição como elemento conformador da cidadania e instrumento de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996, pp. 67-68.)

Até aqui o raciocínio não guarda controvérsia, isso porque a Jurisdição Constitucional, diante de seu *componente técnico-jurídico*, aplica o direito vigente de um determinado sistema, ou seja, a exemplo de um caso em que um tribunal invalida uma norma estadual que ultrapassa seus limites de competência, é perfeito que o Poder Judiciário esteja a realizar seu papel ao declarar a inconstitucionalidade da norma, estando assim a fiscalizar a atuação do poder Legislativo.

Mas há também um atuar *político* da jurisdição Constitucional, aquele atrelado ao conteúdo aberto das diversas normas constitucionais que o conteúdo não pode ser definido de forma objetiva, ou seja, sem a influência da subjetividade do julgador. O ressaltado é quanto ao caráter contramajoritário<sup>65</sup> do *judicial review*, tema de grande polêmica que recebe críticas

---

<sup>65</sup> Termo primeiramente visto na obra “*The Least Dangerous Branch*” do autor Alexandre M. Bickel, 1962.

relativas à posição política da jurisdição exercida pela Corte Suprema, já que, ao determinar o conteúdo dessas normas, se está fazendo uma opção política (pois não é determinada pelo direito) por uma das possíveis interpretações que o texto pode revelar.

Antes, contudo, de prosseguir na questão política da jurisdição, retomam-se as discussões acerca de *Quem deve ser o defensor da Constituição?* Dois grandes pensadores, Hans Kelsen e Carl Schmitt<sup>66</sup>, travaram debates a esse respeito nos meados de 1929, no contexto da República de Weimar<sup>67</sup>, na Alemanha. É que a dúvida põe na berlinda a legitimidade da atuação do Poder Judiciário na Jurisdição Constitucional. Ressalte-se, sobretudo, que o discurso que se segue não pretende abordar um tema ultrapassado para passear, apenas, num contexto histórico. Retomam-se tanto as críticas de Schmitt à política liberal e sua influência nos demais poderes, quanto o discurso juspositivista e democrata de Kelsen, entendendo ser este um fato histórico que absolutamente influenciou a formação dos atuais modelos políticos-jurídicos.

Portanto, o resumo da questão entre Kelsen e Schmitt é simples. Carl Schmitt era opositor do Tribunal constitucional<sup>68</sup> e considerava que o Poder Judiciário não poderia ser o defensor da Constituição, já que sua atuação no controle de constitucionalidade das normas assumia uma ação puramente legislativa. Para o jurista, o defensor da Constituição deveria ser o Presidente do Reich, já que ele é quem tem o poder de declarar o estado de exceção, além de ter sido eleito pelo povo. Já Kelsen considerava o discurso de Carl ideológico e, a seu ver, seria incoerente que os poderes representativos analisassem a constitucionalidade dos seus próprios atos. Assim, sustentava a manutenção da legitimidade do Tribunal Constitucional na guarda da Constituição.

O contexto do embate entre dois grandes nomes da ciência política iniciou-se, tal qual passam os dias atuais, na crise do Legislativo e os abusos do Poder Executivo, motivos que levaram Kelsen a propor o primeiro Tribunal Constitucional com o fim de garantir o

---

<sup>66</sup> Para um estudo aprofundado Cf. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Original em: “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” in Die Justiz. 1930-31. Heft 11-12, vol. VI, pp. 576-628.) / SCHMITT, Carl. *La defensa dela Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2 ed. Madri: Editorial Tecnos, 1998.

<sup>67</sup> Para um estudo aprofundado da República de Weimar e a estrutura da jurisdição constitucional, Cf. ROBBERS, Gerhard. *Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit*. In: Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS). Heft 4. München: C.H. Beck, 1990.

<sup>68</sup> Para Carl Schmitt, a atuação do Poder Judiciário na jurisdição constitucional afrontava a lógica da teoria de Montesquieu e colocava em cheque a democracia: “no existe Estado Cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y la sentencia judicial. El Estado Cívico de Derecho descansa sobre la distinción real de diversos poderes”. (SCHMITT, Carl. *La defensa dela Constitución*. Op. cit., p. 77, 79).



cumprimento da Constituição como lei maior do ordenamento jurídico. Schmitt, no entanto, critica as tentativas de Kelsen quanto a racionalização do Estado de Direito (Em sua *Teoria Pura do Direito*), consistindo, a seu ver, que a melhor opção seria converter a guarda constitucional aos cuidados do Chefe de Estado. Ora, embora se esteja falando de dois grandes nomes que com profunda diferença contribuíram para o regime nazista, ao contrário de Kelsen que teve involuntariamente sua grande obra interpretada para fornecer condições instrumentais que viabilizassem o nazismo, Carl Schmitt era voluntariamente um nazista declarado, ou seja, a legitimação do presidente como guardião das normas constitucionais possibilitaria uma argumentação legitimada para justificar a violação da mesma.

Ocorre que os argumentos de Schmitt não podem ser taxados apenas como justificativa que facilitariam uma atuação nazista. A interessante observação feita por ele é que o grande equívoco em se atribuir ao Judiciário a guarda da Constituição estava na errônea associação entre proteção e justiça, ideias essas que não devem ser vinculadas e refletem uma certa comodidade em se conceber a resolução judicial de todas as questões políticas dentro de um Estado de Direito, ou seja, as consequências desse movimento seriam a tão conhecida, nos dias atuais, politização da justiça. Portanto, defendia que não haveria sequer uma questão jurídica pura, de forma que o Tribunal Constitucional seria, inevitavelmente, uma manifestação decisionista (vazia de conteúdo normativo). Haveria, pois, uma confusão entre a atuação do legislador e a atuação do juiz Constitucional ao dirimir as dúvidas quanto ao conteúdo duvidoso de uma lei:

Es preciso distinguir entre ley y sentencia judicial, y, por conseguinte, entre legislador y juiz [...] Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una mission de legislador. Y si resuelve indudablemente el contenido de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional. (SCHMITT, Carl. *La defensa dela Constitución*. Op. cit., p. 89).

Dentre as diversas críticas pontuais aos argumentos de Schmitt, Kelsen observou que a sua maior preocupação era proteger a Constituição contra violações de quem mais a ameaçava, “*o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só.*”<sup>69</sup> Apontava Schmitt como tendencioso às ideologias monarquistas e acusava-o, inclusive, de fazer uma interpretação mais do que extensiva ao art. 48 da Constituição de Weimar, com o fim de “*ampliar a competência do presidente do Reich de maneira tal que este não escapa de*

---

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Op. Cit., p. 241.

*tornar-se senhor soberano do Estado, alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-la como “ditadura” e que, em todo caso, [...] não é compatível com a função de um garante da Constituição.<sup>70</sup>”*

Especificamente quanto ao “decisionismo” do juiz constitucional apontado por Schmitt como fator que transporia as decisões jurídicas no campo da política, Kelsen refutava com a justificativa de que o poder não se encerrava dentro do Legislativo, ou seja, *“A opinião de que somente a legislação seria política - mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva.<sup>71</sup>”* O que Kelsen defendia, em suas teorias, era que, ao passo que o próprio legislador autoriza o juiz a avaliar controvérsias, mesmo que dentro de certos limites, lhe estaria conferindo um poder de criação ao direito, portanto *“um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui - ainda que em maior medida – a legislação.<sup>72</sup>”* O raciocínio era de que toda controvérsia política, e todo conflito de interesses do poder e político pode ser decidido como controvérsia jurídica. Concluindo que:

[...] a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais - e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecera ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um *tribunal*, que sua função não seja *jurisdicional*; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária. (KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Op. Cit., p. 253.)

Neste ponto, tenta-se mostrar o porquê da retomada, embora sumária, do contexto histórico quanto ao papel da jurisdição constitucional. A doutrina do positivismo jurídico em Kelsen e Hart<sup>73</sup> (cada uma com suas peculiaridades), com formulações teóricas excessivas de um universo com proposições válidas-verdadeiras, gera uma espécie de *asfixia da realidade*, posto que esconde a essência da verdade, ou seja, “a verdade deve ser percebida já em meio à lida com o mundo prático e não reduzida ao universo teórico das ciências. Afinal, a própria verdade “teórica” das ciências é produto da interpretação projetada pela compreensão.<sup>74</sup>”

<sup>70</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Op. Cit., p. 246.

<sup>71</sup> KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Op. Cit., p. 251.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> Para um estudo aprofundado acerca do positivismo jurídico, Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. / HART. Hebert. *O Conceito do Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>74</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. LI, nºs 1 e 2. Coimbra Editora: 2010, p. 240.

Para Lenio Streck, doutrinador brasileiro e um dos maiores críticos do ativismo judicial nos tempos modernos, o principal problema aparece nas tentativas de determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*. O que para as duas teorias positivistas (em Kelsen e Hart) encontra a resposta na vontade do intérprete para resolver o problema, gerando a discricionariedade judicial, o que resulta, por óbvio, num *letal deficit democrático*<sup>75</sup>. Isto significa que é em Kelsen e Hart em que se encontra o embrião (a teoria embasadora), ou, como diz Streck, *o ovo da serpente* da discricionariedade, do decisionismo e do irracionalismo dos juízes. Continua o autor, ao criticar os que consideram ser a interpretação um ato de vontade, “basta que se acrescente a esse ‘ato de vontade’ a expressão ‘de poder’ e estaremos de volta ao último princípio epocal da modernidade: a *Wille zur Macht*, a vontade do poder de Nietzsche, que sustenta as diversas formas de pragmatismo no direito [...]”<sup>76</sup>.

## 1.2 A questão política da jurisdição constitucional: Judicialização da política

O conceito de judicialização da política foi fixado, pela primeira vez, por C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, em 1995, ante o seminal de estudos acerca da *expansão global do Poder Judiciário*<sup>77</sup>. Embora tenham recebido diversas críticas pela insuficiência do conceito da “judicialização” ante a complexidade do processo político contemporâneo, Tate e Vallinder conseguiram definir um instrumento de análise capaz de demonstrar as condicionantes do processo de judicialização das complexas democracias contemporâneas, apontando duas grandes causas, a seguir;

(a) The process by which courts and judges come to make or increasingly dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies; and (b) The process by which non judicial negotiating, and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures. (TATE, C. Neal (ed.); VALLINDER, Torbjorn (ed.) *The global expansion of the judicial power*. New York, NY: New York University Press, 1995.)

As conclusões de Tate e Vallinder relatam o inevitável contexto das sociedades democráticas modernas, onde a mutação pela qual passa obrigatoriamente o Poder Judiciário tira de cena aquele juiz positivista de alguns tempos atrás, o qual estava incumbido na análise

<sup>75</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. Op. Cit., p. 240.

<sup>76</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. Op. Cit., p. 247.

<sup>77</sup> TATE, C. Neal (ed.); VALLINDER, Torbjorn (ed.) *The global expansion of the judicial power*. New York, NY: New York University Press, 1995.

não discricionária dos casos, aplicando-os ao direito identificado e promovendo a decisão, apenas. Esse juiz já não consegue lher dar com os conflitos hodiernos.

Para melhor explicar a concepção do tema, toma-se a bibliografia do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Luís Roberto Barroso, na qual, em outras palavras, sustenta tratar-se da atribuição ao Poder Judiciário da responsabilidade da decisão de questões políticas, pelo fato de terem sido elas incorporadas na Constituição, apontando o fenômeno da *constitucionalização abrangente* como uma das grandes causas da judicialização, já que essa trouxe para a Constituição matérias que antes eram cuidadas por um processo político majoritário e pela legislação ordinária (daí a expressão *caráter contramajoritário* da jurisdição). O autor aponta que esse foi um fenômeno mundial, iniciado com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), tendo sido potencializado na Constituição Brasileira que redemocratizou o país em 1988<sup>78</sup>.

O ponto a se chegar é *que constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito*. Nas palavras de Barroso:

*judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...] Com intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, nº 13, jan./mar. 2009, p. 73).

O fenômeno, então, ocorre da seguinte forma: na medida em que uma questão é disciplinada por uma norma constitucional (seja de cunho individual, uma prestação estatal ou um fim público), transforma-se numa potencial pretensão jurídica, que poderá ser formulada sob a forma de atuação judicial.<sup>79</sup>

De fato, o termo judicialização da política sugere desde uma simples concepção de judicializar, ou seja, tornar jurídico o que é político (trazer o político para o mundo jurídico), a uma complexa abrangência de todas ou quase todas as questões políticas de uma sociedade (eis onde reside o cerne do problema), promovendo uma profunda aproximação (ou até mesmo uma fusão) entre direito e política.

---

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial... Idem, pp. 73-74.

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial... Idem, p. 74.

Com certeza, pode-se afirmar que as respostas aos problemas sociais dadas pelos representantes do povo, chega a ser insuficiente ou nem “chega a ser”. Então, é ao Judiciário que se recorre, já que a garantia dos direitos públicos – das questões públicas – encontram-se quase todas constitucionalizadas e, quando não estão, recorre-se à nova doutrina dos princípios com a dogmática de sua normatividade (Dworkin, Alexy). A esse respeito, já lecionava o francês Alexis de Tocqueville em suas impressões sobre a Democracia na América: “*Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas.*”<sup>80</sup> Tocqueville chegou à conclusão de que o juiz americano assemelhava-se perfeitamente com os magistrados das outras nações, salvo o fato do juiz ser dotado de imenso poder político. “*De onde vem isso? [...] A causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na constituição, em vez de nas leis. Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecerem inconstitucionais.*”<sup>81</sup>

Ao que se percebe, aprendeu-se muito com os americanos. Mas as democracias atuais não limitam-se à cópia do modelo norte-americano de constitucionalidade, posteriores influências contribuíram para uma complexa e evasiva atuação judiciária em praticamente todos os aspectos da vida política. O Professor canadense Ran Hirschl<sup>82</sup>, ao estudar o fenômeno aqui descrito, para ele tido como um *amplo fenômeno sociopolítico*<sup>83</sup>, divide a razão da judicialização em (3) categorias:

(a) *A disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas.* Referem-se ao processo de “*judicialização das relações sociais*”, impulsionado pela complexidade das sociedades modernas e a expansão do estado de bem-estar social e suas agências reguladoras — “uma resposta institucional inevitável aos complexos problemas de coordenação gerados pela necessidade sistêmica, em uma era de mercados econômicos convergentes, de se adotar

<sup>80</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na America*. Livro 1 Leis e Costumes. 2. Ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 111.

<sup>81</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *Idem*, 2005, p. 114.

<sup>82</sup> Ran Hirschl (PhD, Yale) é professor de Ciência Política e Direito, e detém uma “Canada Research Chair” (Cadeira de Pesquisador) em Constitucionalismo, Democracia e Desenvolvimento na Universidade de Toronto.

<sup>83</sup> HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. In: *Annual Review of Political Science*. Faculty of Law and Department of Political Science, University of Toronto, Vol. 11, 2008, p. 95. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

/ Versão traduzida e publicada: HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 251, maio/ago. de 2009, pp. 139-175.

normas jurídicas e regulamentações administrativas padronizadas entre os estados-membros desses mercados<sup>84</sup>.

(b) *A judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns” de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública.* Ou seja, tornou-se papel da jurisdição determinar limites aos Poderes representativos e garantir proteção de direitos constitucionais, principalmente na esfera individual. Hirschl traz exemplos como o do Conselho Constitucional do Peru, em 2002, ao anular o julgamento secreto, realizado pelo tribunal militar, de líderes do movimento rebelde maoísta Sendero Luminoso<sup>85</sup> e o caso em que a Câmara dos Lordes declarou a inconstitucionalidade da legislação britânica acerca do estado de emergência pós 11 de setembro<sup>86</sup>. Observa-se que essa judicialização é resultado tanto da promoção de justiça processual do controle de atos administrativos, quanto da justiça processual de jurisprudências embasadas nos direitos fundamentais, sendo impulsionada por um cidadão qualquer ao invocar seus direitos, razão pela qual o autor utiliza o termo “judicialização vinda de baixo”<sup>87</sup>.

(c) *A judicialização da “política pura” — a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras.*” Nesse contexto, Hirschl conclui que se passou a um nível elevado de judicialização da política, composta de uma completa dependência dos tribunais e juízes para lidar com controvérsias políticas fundamentais que definem os limites do coletivo, o que ele chama de “megapolítica”. O autor sistematiza várias subcategorias de judicialização incluídas nesse nível (2008, p. 5)<sup>88</sup>:

<sup>84</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo... *ibidem*, p. 142.

<sup>85</sup> Retrial for Peru shining path rebel, BBC News, 21 nov. 2002. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2497359.stm>>. Acesso em: 15 out. 2006. Cf. exemplo em: HIRSCHL, Ran. *Ibidem*, p. 143.

<sup>86</sup> Ver *A and others v. Sec’y of State for the Home Dep’t, X and another v. Sec’y of State for the Home Dep’t*, (2004) UKHL 56, (2005) 2 W.L.R. 87. Cf. exemplo em: HIRSCHL, Ran. *Ibidem*, p. 143.

<sup>87</sup> Cf. termo utilizado por Hirschl (*ibidem*, p. 144): “A mobilização jurídica “vinda de baixo” é favorecida pela frequente crença de que direitos judicialmente protegidos operam como forças autoimplementáveis de mudança social — isto é, forças que não dependem das restrições a que todo poder político está sujeito.”

<sup>88</sup> Cf. o original: “In recent years we have seen the emergence of another level of judicialized politics: reliance on courts and judges for dealing with what we might call ‘mega-politics’ – core political controversies that define the boundaries of the collective or cut through the heart of entire nations. This level of judicialization includes several subcategories: judicial scrutiny of executive-branch prerogatives in the realms of macroeconomic planning or national security (i.e., the demise of what constitutional theorists call the ‘political question’ doctrine); judicialization of electoral processes; judicial corroboration of regime transformation; fundamental restorative-justice dilemmas; and above all, the judicialization of formative collective identity, nation-building processes, and struggles over the very definition or *raison d’être* of the polity as such – arguably the most troubling type of judicialization from a participatory democracy standpoint. These emerging areas of

(i) *Escrutínio judicial de questões políticas de prerrogativa dos Poderes representativos; (ii) judicialização dos processos eleitorais.* Considerando a supervisão dos aspectos processuais do processo democrático, o judiciário passa a realizar o monitoramento de procedimentos e regulamentos eleitorais, não limitando-se a apenas fiscalizar a lisura do processo; (iii) *justiça restaurativa.* Tratam-se de decisões restaurativas e reconciliatórias, com o fim de compensar ou reintegrar certos grupos ou indivíduos que outrora, e provavelmente sob a égide de regime político anterior, foram perseguidos ou tiveram seus direitos violados. (iv) *corroboração judicial de transformação do regime; (v) e, acima de tudo, o que, segundo o Professor, trata-se do tipo mais preocupante de judicialização em uma democracia que se diga participativa, a judicialização da identidade de formação de uma sociedade, ou seja, referente ao processo de construção de uma nação, questões essas puramente políticas.*

Esses dois últimos casos passam a tratar de questões como a legitimidade de um regime, a identidade coletiva de uma nação, entre outros, os quais refletem dilemas políticos profundos, e não judiciais<sup>89</sup>. Como exemplo, cita casos centrais, como o da cidadania multicultural na Europa Ocidental; a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão acerca da posição ocupada pela Alemanha unificada no quadro da União Europeia (Maastricht Case, 1993); decisão acerca do estado das populações indígenas na Austrália e Nova Zelândia; o futuro político de Quebec na federação canadense; a definição dada pela Suprema Corte israelense da questão "quem é um judeu?", para possibilitar a garantia dos direitos estatais aos imigrantes assim considerados, além das recorrentes tentativas de uniformização de valores culturais em um estado intitulado judaico e democrático<sup>90</sup>.

De certo, todas essas questões se enquadram originalmente na essência das tradicionais prerrogativas dos poderes Legislativo e Executivo, dada sua representatividade, que, como tal, deveriam ser decididas pela própria população através de seus representantes eleitos, no

---

judicialized politics expand the boundaries of national high-court involvement in the political sphere beyond any previous limit. (HIRSCHL, Ran. *The Judicialization... Op. Cit.*, p. 97.)

<sup>89</sup> "Falls within the mandate of most constitutional courts, questions such as a regime's legitimacy, a nation's collective identity, or a polity's coming to terms with unsavory episodes in its past, primarily reflect deep political dilemmas, not judicial ones." (HIRSCHL, Ran. *The Judicialization... Op. Cit.*, p. 98.)

<sup>90</sup> *In verbis*, o que diz o autor: Consider the judicialization of such core issues as the fate of the American presidency or the Mexican presidency, multicultural citizenship in Western Europe, the place of Germany in the EU, the war in Chechnya, the near-constant political turmoil in Pakistan, quandaries of transitional justice from the post-communist world to post-authoritarian Latin America to post-apartheid South Africa, the status of indigenous populations in Australia and New Zealand, the political future of Quebec and the Canadian federation, the eminence of Shari'a law in Egypt, 'who is a bumiputra?' ('authentic' Malay) and the boundaries of the collective in Malaysia, the secular nature of Turkey's political system, or Israel's fundamental definition as a 'Jewish and democratic state' and the corresponding question, 'Who is a Jew?' These diverse matters have all been framed as constitutional issues, with the concomitant assumption that courts – not politicians or the public – should resolve them. (HIRSCHL, Ran. *The Judicialization... Op. Cit.*, p. 97-98.)

entanto, uma série de fatores passam a ser o ponto chave para a denominada *constitucionalização abrangente* (retoma-se o termo do Min. Luís Roberto Barroso), na qual o Poder Judiciário passa a ter a obrigação de decidir assuntos de um exercício inerentemente e substantivamente político que se estende para além da aplicação das disposições de direitos ou normas básicas de justiça processual, haja vista a incorporação de tais matérias nas Constituições.

Mas o que vem a ser “questão política”? Como determinar a linha limítrofe das questões que deverão entrar para a competência do Judiciário? A distinção entre casos "comuns" da judicialização e da judicialização da “mega-política” (termo utilizado por Hirschl) dependem, por óbvio, do conceito do que vem a ser “o político”, pois, como diz Ran Hirschl<sup>91</sup>, não há uma resposta simples para a pergunta "o que é política?". Alguns sociólogos responderiam que ‘tudo é política’, no entanto, embora andem juntos, não há como reduzir o conceito de direito e política a uma só definição, muito pelo contrário, se estaria atirando ao limbo os grandes debates filosóficos travados a esse respeito.

Por fim, olvidando-se das divergências conceituais do termo *judicialização*, o ponto chave que interessa a este trabalho é considerá-la como um processo inevitável que independe da vontade do Poder Judiciário e de seus membros, uma vez que se trata de um fenômeno traduzido pela transformação cultural e amadurecimento dos países que possuem estrutura democrática e uma sociedade complexa.

### 1.3 Ativismo Judicial: Conceito e Definição

O problema do *judicial review* vai além do caráter contramajoritário da Jurisdição Constitucional, tendo como grande alvo a questão do *Ativismo Judicial*. É que a Judicialização e o Ativismo Judicial, nos dizeres de Barroso, são primos: “*vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas*”<sup>92</sup>, ao passo que a Judicialização é uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, enquanto o Ativismo

<sup>91</sup> The distinction between ‘ordinary’ instances of judicialization and the judicialization of ‘mega-politics’ depends, in part, on our conceptualization of the political. A political decision must affect the lives of many people – but many cases that are not purely political (e.g., large class-action lawsuits) also affect the lives of many people. Because there is no simple answer to the question “what is political?” – for some social theorists, the answer to that question would be “everything” – there can be no plain and simple definition of the judicialization of politics, either. And there are other complications. (HIRSCHL, Ran. *The Judicialization... Op. Cit.*, p. 98.)

<sup>92</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial...* Idem, p. 76.



Judicial reflete uma atitude, “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance<sup>93</sup>”.

O termo “Ativismo Judicial” está extremamente associado à história dos Estados Unidos da América, razão pela qual estudar ativismo é, sobretudo, passear pelo contexto de jurisdição norte-americana. A pluralidade que a palavra pode significar acaba trazendo alguma confusão na definição do tema. Assim, elucidativa é a conclusão de Keenan D. Kmiec<sup>94</sup>, ao afirmar que o ativismo não pode ser abordado em um *monoc conceito*, podendo ser utilizado diante das seguintes ações dos juízes: I) declaração de inconstitucionalidade de atos de outros Poderes que não sejam claramente inconstitucionais; II) ignorar (não aplicar) precedentes aplicáveis; III) prática de criação de leis pelos juízes; IV) distanciamento das metodologias de interpretação; e V) julgamentos em função de resultados predeterminados.

Em uma regressão pela história norte-americana, Kmiec relata a frequente intervenção da Suprema Corte nas opções políticas do Executivo e do Legislativo, que eram invalidadas ante o argumento da defesa da Constituição. “*Where Blackstone favored judicial legislation as the strongest characteristic of the common law, Bentham regarded this as an usurpation of the legislative function and a charade or ‘miserable sophistry.’*”<sup>95</sup> Outros registros apontam os casos proferidos durante a presidência de Marshall (1801-1835) – sobressalto para o famoso *Marbury versus Madison (1803)* – dentre outros exemplos, críticas que se intensificaram por ocasião do *New Deal* (conjunto de programas de governo com o objetivo de recuperar e reformar a economia americana após a depressão de 1929, estabelecido pelo Presidente Theodore Roosevelt), quando a Suprema Corte invalidou alguns atos dessa política, resultando num grande embate institucional que levou, posteriormente, à postura de autocontenção judicial (*self restraint*), sendo a crise superada. Ainda nessa ocasião, criticava-se a intervenção judiciária e sua produção legislativa, mas o termo “Ativismo” ainda não havia sido mencionado: *The New Deal and the “revolution” of 1937 ushered in another spate of critical commentary, but again, contemporaneous literature does not mention “judicial activism”*<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial... Idem, p. 76.

<sup>94</sup> KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. In: *California Law Review*, nº 92, 2004, p. 1463 e ss.

<sup>95</sup> Tradução livre: Enquanto Blackstone favorecia a legislação judicial como a característica mais forte da lei comum, Bentham a considerava uma usurpação da função legislativa, uma charada ou um ‘miserável sofisma’. (KMIEC, Keenan D. Idem, p. 1444.)

<sup>96</sup> Tradução livre: O *New Deal* e a “revolução” de 1937 marcou o início de uma outra série de comentários críticos, mas, novamente, a literatura contemporânea não menciona “ativismo judicial” pelo nome. (KMIEC, Keenan D. Idem, p. 1445.)

Mais tarde, a expressão é trazida, pela primeira vez, por Arthur Schlesinger em artigo publicado na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, ao criticar a *Supreme Court* norte-americana (presidida por Earl Warren entre 1954 e 1969). Schlesinger fez uma análise da postura dos juízes, classificando a de uns como ativistas (Justices Black, Douglas, Murphy e Rutledge) e a de outros como autocontida (Justices Frankfurter, Jackson e Burton), já os demais membros se enquadrariam no grupo dos moderados (Justice Reed e Chief Justice Vinson). Para ele o ativismo judicial verifica-se quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê<sup>97</sup>. Schlesinger contribuiu para a popularização do tema, ensejando profundos e significativos debates ao sugerir as camadas de confrontos a partir do estudo feito sobre os juízes da Corte: juízes não eleitos *versus* estatutos promulgados democraticamente; julgamentos orientados *versus* decisionismo baseado em princípios; uso criativo do precedente; supremacia democrática *versus* direitos humanos; lei *versus* política; e outras dicotomias de igual seguimento. É em Schlesinger que se apresenta alguns dos sintomas da doença clássica que infectou discussões modernas sobre o ativismo judicial<sup>98</sup>.

A herança das práticas e costumes do sistema da *common law* contribuíram para que os Estados Unidos organizassem uma supremacia judicial às expensas do Legislativo, importando numa invasão do *statute Law*. Assim, como fala René David<sup>99</sup>, houve a proximidade entre as duas grandes famílias do direito ocidental que se estabeleceu ao longo do tempo, pois, devido ao desencadeado processo de globalização (o que nos remete à atual ideia das consequências da era do “transconstitucionalismo<sup>100</sup>”), no decorrer dos séculos,

<sup>97</sup> KMIEC, Keenan D. *Ibidem*, p. 1446.

<sup>98</sup> Schlesinger's article contributes to legal scholarship and popular debate as the first significant commentary on "judicial activism." Schlesinger suggests the layers of the clash: unelected judges versus democratically enacted statutes; results-oriented judging versus principled decisionmaking; strict versus creative use of precedent; democratic supremacy versus human rights; law versus politics; and other equally fundamental dichotomies. Yet, even this initial effort exhibits some of the symptoms of the classic malady that has infected modern discussions of judicial activism. Schlesinger fails to define his terms with precision. (KMIEC, Keenan D. *Ibidem*, p. 1449.)

<sup>99</sup> “Países de direito romano-germânico e países de common Law tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. A common Law conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de common Law como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões de direito nas duas famílias de direito” (DAVID, René. *Op. Cit.*, p. 20).

<sup>100</sup> O termo foi criado pelo jurista brasileiro Marcelo Neves e reflete um modelo de articulação em movimento transversal entre os ordenamentos jurídicos, não com o fim criacionista de um constitucionalismo universal, mas uma abertura de diálogos entre as Cortes constitucionais tendo o intuito de compartilhar as experiências vividas

esses países tiveram inúmeros contatos, proporcionando uma certa aproximação entre os dois sistemas no sentido de que as soluções são embasadas numa mesma ideia de justiça. Encontramos, portanto, a resposta para as atitudes ativistas incorporadas nos sistemas de *civil law*, pois, *apesar de inicialmente sediado nos EUA, o debate acerca do “ativismo judicial” ou do “governo de juizes”<sup>101</sup> (porventura as expressões mais comuns) acabaria por transpor as fronteiras desse país, universalizando-se*<sup>102</sup>. Maria Benedita Urbano fala que “o fenômeno da criação ativista de direito pelos juizes anda, pois, enlaçado à história dos Estados Unidos da América e à atuação da *Supreme Court*”, que nesse país assumiu, em diferentes épocas, atitudes ativistas conservadoras e liberais ou progressistas<sup>103</sup>. Hoje, há quem proponha um “*Civil-common law*” ou “*Common-civil law*”, provando que os sistemas não devem ser antagônicos, mas complementares, na medida em que se mostram como ferramentas de auxílio para solucionar os problemas sociais onde se inserem<sup>104</sup>.

Em termos práticos, o Ativismo Judicial está associado a uma ampla atuação do Poder Judiciário na tarefa de concretizar os anseios constitucionais, interferindo, por consequência, no espaço de atuação dos outros poderes<sup>105</sup>. O jurista brasileiro Elival da Silva Ramos

---

por cada ordenamento e assim promover da melhor forma o direito. (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009.)

<sup>101</sup> A expressão “Governo dos Juizes” tem origem com os estudos do Francês E. Lambert, na obra *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis – L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris: Marcel Giard & Cie, 1921.4. No entanto, o próprio Lambert afirma ser a expressão da autoria de L. B. Bondin, em estudo publicado na *Political Science Quarterly* nº 26, pp. 238-270.

<sup>102</sup> URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 89.

<sup>103</sup> A professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra menciona os casos marcantes da história norte-americana que levam a conclusão das diferentes fases ativistas adotadas pela Suprema Corte, para uma leitura complementar indica-se as págs 91-95 da obra *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*. Fala acerca do tema: “Resta dizer que um traço comum ao ativismo conservador e ao ativismo liberal é o de que ambos os casos o ativismo consistiu na afirmação de direitos que não estavam constitucionalmente consagrados, pelo menos de forma expressa. Quanto ao ativismo conservador, esta “criação extrativa” de direitos fundamentais está patente no incontornável e já citado caso *Lochner v. New York*, tendo a *Supreme Court* construído a liberdade contratual a partir da cláusula do *due process* prevista na XIVª Emenda. No que respeita ao ativismo liberal, a *Supreme Court* extraiu das “zonas de penumbra” da Constituição federal o direito à igualdade de representação, o direito ao respeito pela vida privada, o direito à livre circulação (...) Ao longo de várias décadas, a *Supreme Court* iria, pois, retirar da Constituição federal vários “*unenumerated rights*” (direitos não expressamente tipificados) a partir de um labor hermenêutico não totalmente isento de críticas.” (URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça...* Op. Cit., p. 95).

<sup>104</sup> “Na realidade são expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do ‘Common Law’, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística.” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.)

<sup>105</sup> Barroso aponta as condutas por meio da qual o Poder Judiciário manifesta sua proatividade: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a

estabelece, em suma, o que representa essa prática: “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa<sup>106</sup>”.

O francês Antoine Garapon, em “*O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia*”, chega a utilizar a expressão *clericalismo dos juristas* e define que “o activismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrario, de a travar.<sup>107</sup>”

As críticas negativas a respeito do o papel proativo do judiciário giram em torno das seguintes: (a) riscos para a legitimidade democrática, tendo em vista que os membros do poder Judiciário não são agentes públicos eleitos; (b) risco de politização da Justiça, tendo em conta que o direito deve estar próximo da ética, tornando-se instrumento para realizar a justiça e o princípio da dignidade da pessoa humana; (c) infração ao princípio da tripartição dos poderes, tendo em vista que o Judiciário extrapola os seus limites e invade o campo de atuação de outro Poder<sup>108</sup>.

Diante desse limiar, faz-se necessária reafirmar a clara distinção entre ativismo judicial e judicialização, o que muito se confunde em diversas doutrinas sobre o tema. Como bem fala Lenio Streck: “*judicializar a política pode não ser exatamente o mesmo que praticar ativismos. Aliás, não é o mesmo. Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é*

---

imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial...* Op. Cit., p. 76.)

<sup>106</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit., p. 109.

<sup>107</sup> GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 54.

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial...* Op. Cit., 80-86. Já M. B. Urbano enumera outros pontos negativos que, na verdade, estão intrínsecos aos três principais apontados por Barroso: “[...] 3) a acumulação de todas as funções (legislativa, executiva e judicial) nas mãos dos juízes pode levar à tirania. [...] 5) Os juízes não podem promover e impor as suas agendas políticas ou expressar as suas opiniões, crenças ou concessões de justiça (necessariamente pessoais e parciais). 6) Quando atuam como legisladores positivos, os juízes constitucionais forçam uma transferência de poder, dos parlamentos eleitos para os juízes não eleitos, que é claramente inconstitucional. Deste modo, trata-se de uma criação de direito não democrática. 7) Os juízes constitucionais não têm que prestar contas aos eleitores num ato eleitoral (como sucede com os representantes eleitos) e as normas por eles criadas são insindicáveis. 8) Os juízes constitucionais, com o seu ativismo, geram incerteza no direito; ao criarem normas para o caso concreto tornam imprevisível o direito a aplicar. Pela mesma razão, não podem criar normas gerais que abranjam todas as situações que se venham a apresentar perante os tribunais. 9) As normas criadas pelos juízes constitucionais são normalmente retroativas, sendo elaboradas para resolver disputas jurídicas que ocorreram no passado. Deste modo, ao legislarem eles estão a desrespeitar o princípio do Estado de Direito. 10) Nem sempre é fácil aos juízes ter uma ideia precisa das condições políticas, económicas e sociais de um país. Em consequência disso, também não estão em condições de avaliar o impacto social e económico das suas decisões. 11) A *policymaking* judicial pode comprometer seriamente ou prejudicar de forma irremediável a independência, o prestígio e a neutralidade do poder judicial. 12) Ao criarem direito a partir de princípios gerais, ainda para mais nem sempre expressos no texto constitucional, os juízes não estão a atuar apenas como legisladores ordinários, mas, de igual forma, como constituintes. Eles acabam por modificar a constituição sem respeitar o respetivo processo de revisão.” (URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça...* Op. Cit., p. 100-101)

*contingencial. Ela não é um mal em si. O problema é o ativismo (que é comportamental, espécie de behaviorismo cognitivo-interpretativo).<sup>109</sup>*” Portanto, a questão da judicialização da política e a intensidade com a qual as matérias políticas são constitucionalizadas, emprestando as palavras do citado jurista, são a *contradição secundária do problema*, pois a preocupação não deve ser com a judicialização em si, mas *como serão decididas as questões judicializadas*. “Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política.<sup>110</sup>”

Em outras palavras, o cerne da abordagem entre judicialização e ativismo, é que a judicialização trata-se de um fator decorrente da complexidade das sociedades modernas e se encontra devidamente constitucionalizada. Mas o ativismo, ao contrário do que se possa pensar, não encontra legitimação alguma e representa uma forte atuação protagonista judicial. Ainda retomando as críticas de Streck: *“uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?”<sup>111</sup>*

## **2. Outro fator: É necessário falar de crise, Poder Legislativo, democracia e um pouco de filosofia.**

Para que um Estado se intitule democrático, há que haver a participação popular, afinal, nos dizeres de Abraham Lincoln<sup>112</sup> *“A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo.”* Portanto, democracia nos lembra Estado, sufrágio, tripartição de Poderes, soberania popular (...). Nos remete à ideia de participação na vida pública, reflete engajamento social<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> STRECK. Lenio. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? In: *Revista Jurídica Conjur*, 13 jun. de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

<sup>110</sup> STRECK. Lenio. O ativismo judicial existe... Idem, 2014.

<sup>111</sup> STRECK. Lenio. O ativismo judicial existe... Idem, 2014.

<sup>112</sup> Abraham Lincoln, em 19 de novembro de 1863, na cerimônia de inauguração do Cemitério Militar de Gettysburg, profere um dos discursos mais marcantes da história americana, *o discurso de Gettysburg*, tendo como assunto principal a nova Democracia (instituída pós-Guerra Civil), com a participação dos negros libertos da escravidão, onde reafirma os objetivos do sistema político criado com a Revolução Americana de 1777: um governo do povo, pelo povo e para o povo, consagrado ao princípio de que todos os homens nascem iguais. (U.S.A, Abraham Lincoln, *discurso de Gettysburg*, em 19 de novembro de 1863, Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>>. Acesso em: 24 mar. 2013.)

<sup>113</sup> Julga-se não ser necessário uma abordagem histórica específica acerca do tema Democracia. Afinal, todos sabem o básico sobre esse regime: a democracia foi desenvolvida em Atenas, na Grécia Antiga, e, tal como seu termo estabelece, trata-se do governo do povo. Consubstancia-se como a modalidade mais tolerável de governo. Pode ocorrer em sua forma original – direta, na qual há uma efetiva participação dos cidadãos, muito embora seja questionável se em algum tempo houve tal democracia tão pura, sendo o exemplo da polis grega ateniense a

Contudo, atualmente, sofremos com o esvaziamento da esfera *pública*<sup>114</sup>, ou seja, há sempre uma tendência comum entre os homens modernos: proteger a propriedade privada e a liberdade, sempre com o fito de acumular quantas mais riquezas possíveis, ocorrendo, portanto, uma fusão entre esfera pública e esfera privada, que resulta na esfera social<sup>115</sup>. Vivemos na era das privatizações, a qual reflete uma ausência de engajamento e falta de participação na vida pública. (*Passamos pelo esvaziamento da esfera pública e diluição do elemento político*<sup>116</sup>, sendo esses essenciais para a teoria democrática!)

Em defesa, argumenta a filósofa alemã Hannah Arendt que o espaço público garante a realidade do mundo e de nós mesmos, isso porque o termo “público” significa o próprio mundo, considerado, nesse sentido, como o artefato humano (produto das mãos humanas), com os negócios realizados entre os que, juntos, habitam o mundo feito pelo homem<sup>117</sup>. Em outras palavras, a esfera pública pode ser entendida como *mundo em comum*, e deve ser cuidada para transcender a duração da vida de homens mortais: “É isto que temos em comum não só com aqueles que vivem conosco, mas também com aqueles que aqui estiveram antes e aqueles que virão depois de nós. Mas esse mundo só pode sobreviver ao advento e à partida das gerações na medida em que tem uma presença pública.”<sup>118</sup>

---

que mais se aproxima; e a democracia indireta ou representativa, oriunda do liberalismo emergente dos séculos XVII e XVIII, tendo como principais defensores filósofos como Spinoza, Locke, Montesquieu e Voltaire, com o argumento de incompatibilidade da democracia direta com um Estado demasiadamente populoso. Fala o historiador americano Josiah Ober que a Democracia é uma palavra que pode ter diferentes abordagens: “Democracy is a word that has come to mean very different things to different people. In origin it is, of course, Greek, a composite of *demos* and *kratos*. Since *demos* can be translated as ‘the people’ (qua ‘native adult male residents of a polis’) and *kratos* as a ‘power’, democracy has a root meaning of ‘the power of the people.’” (Cf. OBER, Josiah. *The Original Meaning of “Democracy”*: capacity to do things, not majority rule. Princeton, Stanford University – Department of Classics, n° 090704, set. 2007, p. 2.)

<sup>114</sup> Fenômeno observado nos estudos feitos por Hannah Arendt, que identifica a crise da democracia na modernidade tendo como motivo a *perda do político*, ressaltando a importância da esfera pública como ambiente próprio da vida política, e não como local da reunião de interesses privados. (ARENDT, H. *A Condição Humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.)

<sup>115</sup> Este novo modelo de Estado – com elementos delineados juridicamente na Constituição mexicana de 1917 e na de Weimar de 1919 e retomados, posteriormente, em inúmeras Constituições do segundo pós-guerra – inscreve a assunção da integralidade do ideal de limitação jurídica do Poder e da preservação das garantias individuais legado pelo Estado de Direito liberal num quadro de profunda reavaliação dos fins do Estado e de reconstrução entre Estado e a Sociedade. (...) O Estado empenha-se então, consciente e deliberadamente, no processo produtivo, na redistribuição do produto social e na direcção ou mesmo planificação do processo económico. A justiça social e a prossecução da igualdade material – e não já da igualdade perante a lei – são elevadas a fins essenciais do Estado, que assim se afirma como Estado social. (NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 30-31).

<sup>116</sup> Para elucidar e evitar uma possível confusão, leia-se *elemento político* como uma característica do cidadão participativo da vida pública. Um ator que interage ativamente com os membros de sua comunidade, em prol do benefício pessoal e comum. É esse o foco de preocupação dos estudos de Hannah Arendt e do sociólogo Zygmunt Bauman.

<sup>117</sup> ARENDT, H. Op. Cit., p. 62.

<sup>118</sup> ARENDT, H. Op. Cit., p. 64-65.

Ocorre que, apesar de todos os avanços promovidos pela teoria democrática e, sobretudo, a liberdade assegurada pelos ideais iluministas, chegou-se ao ponto em que o medo e a individualidade se disseminaram pela sociedade gerando um grupo de cidadãos tímidos e autolimitados, motivo pelo qual se constata que a sensação de liberdade experimentada com o Estado pós-moderno não passa de uma ilusão da própria liberdade<sup>119</sup>. Em outras palavras, o excesso de liberdade individual acaba gerando o esvaziamento do espaço coletivo na medida em que o “tráfego suave” entre a vida pública e privada é destruído. Ao que, Zygmunt Bauman, logo na introdução de sua obra<sup>120</sup> questiona: *Que liberdade é essa que desestimula a imaginação e tolera a impotência das pessoas livres em questões que dizem respeito a todos?* A resposta é simples: A liberdade fictícia produzida pelo processo de globalização e dominação da economia nos diversos segmentos da vida social. Ou o individualismo desenfreado que levanta a bandeira de liberdade para se camuflar.

No modelo representativo, que prevalece hoje nos Estados ocidentais, *o povo* escolhe seus representantes através do sufrágio, sendo a instituição parlamentar (apoiada em eleições competitivas) aquela que mais e melhor tem contribuído para a persistência dos esquemas representativos-democráticos<sup>121</sup>. O que ocorre é que essa democracia promovida pelo liberalismo tem passado por sucessivas crises de legitimidade, pois já não é possível construí-la de forma autêntica, tendo em vista a diferente constituição da sociedade dos últimos tempos<sup>122</sup>. M. B. Urbano comenta: “[...]se uma qualquer crise afectar o parlamento, ela será

<sup>119</sup> “O habitat da pós-modernidade não é exatamente o que parece. Ele conduz a imagem de ser um parque agradável, um playground de consumidores, um lugar onde você pode pegar e misturar estilos de vida e crenças de acordo com o seu gosto. No entanto, é um parque agradável que está sob os escombros de outro lugar que ainda está vivo. Por baixo da superfície estão os restos das tentativas da modernidade em planejar uma sociedade com propósitos, em que todos cumpriam a sua parte de acordo com os comandos da elite” (SMITH, 1999: 159). (SMITH, Dennis. *Zygmunt Bauman: prophet of postmodernity*. Cambridge: Polity Press, 1999. Também em: BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.)

<sup>120</sup> BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 09.

<sup>121</sup> Em definição ao parlamento, continua: “o parlamento é aquele órgão do sistema estadual no qual os caracteres das representatividade, da ‘responsividade’ e da responsabilidade se manifestam de forma imediata, porque está ligado ao titular da soberania política por uma particular relação fiduciária, consequência directa do peculiar papel por ele desenvolvido, que é o de fazer entrar as ideias, as aspirações, mais genericamente a vontade popular no interior do Estado.” (URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 38-39.)

<sup>122</sup> “So if the original meaning of democracy is the collective capacity of a public to make good things happen in the public realm, where does the idea of democracy as defined in the first instance by voting rules and by the monopoly of offices on the part of the many come from? Answering that question is beyond the scope of this paper, so suffice it to say that ancient critics of popular rule sought to rebrand *demokratia* as the equivalent of a tyrannical “*polloi-archia*” – as the monopolistic domination of government apparatus by the many who were poor: this is the strategy, for example, of the so-called Old Oligarch, an anonymous fifth-century pamphleteer. But just as *kratos* is not synonymous with *arche*, so too in classical Athens *demos* originally meant “the whole of the citizenry” (qua free native male population of a national territory) – not a sociologically delimited fragment of the citizenry. Placing democracy on a par with oligarchy, as littler more, in principle or practice, than the

também a crise do próprio sistema democrático. Do mesmo modo que o apagamento do parlamento, enquanto instituição, constitui um grave atentado ao regime democrático<sup>123</sup>.”

A grande questão se solidifica no que concerne o *poder do povo* na moderna democracia. Poder em que sentido<sup>124</sup>? Uma das críticas desferidas é que o poder do povo traduz-se na autoridade para decidir assuntos pela regra da maioria, o que seria uma mera definição redutora e vulnerável da eficácia da democracia, tendo em vista, inclusive, que falar apenas em “vontade popular” e “governo do povo” pode resultar na equivocada convicção de que é somente a maioria que tem voz no regime democrático, restando às “minorias” o silêncio. E mais, como bem questiona Muller *Quem é o Povo?*<sup>125</sup> Não seria o *governo do povo* apenas um argumento, ou até mesmo um disfarce para legitimar o poder Estatal?

Nesse sentido, Hannah Arendt afirma que um dos fatores que pode levar a destruição da democracia, tendo em vista suprimir o espaço público e reduzi-lo apenas à esfera privada, são as condições da sociedade de massas ou de histeria em massa, tornando-se, os homens, prisioneiros da sua própria existência singular, já que assim apenas enxergariam em um só ângulo<sup>126</sup>. Mas a indagação abrange muito além, pois se fala na ausência de real legitimidade

---

monopoly over established governmental offices by, respectively, the many (poor) and the few (wealthy), is to accept fifth-century anti-democratic polemics as an accurate description of political reality. If our goal in returning to Greek antiquity is to gain an understanding of political power that might be of value to us, we must learn to attend to ancient democracy’s practitioners as well as to its critics”. (OBER, Josiah. Op. Cit., pp. 06-07).

<sup>123</sup> URBANO, Maria Benedita. *Representação Política...* Op. cit., p. 39.

<sup>124</sup> But power in what sense? In modernity, democracy is often construed as being concerned, in the first instance, with a voting rule for determining the will of the majority. The power of the people is thus the authority to decide matters by majority rule. This reductive definition leaves democracy vulnerable to well-known social choice dilemmas, including Downs’ rational ignorance and Arrow’s impossibility theorem: If democracy as a political system is reducible to a decision mechanism, then (as critics have long claimed) democracy is inherently flawed as a political system. If democracy is, at its core, something other than a decision mechanism based on a voting rule, social choice dilemmas may not prove to be inherent flaws in democracy as a system. (OBER, Josiah. Op. Cit., p. 02).

<sup>125</sup> Muller explica que “povo” não é um conceito simples nem um conceito empírico; povo é um conceito artificial, composto, valorativo; mais ainda, é e sempre foi um conceito de combate. (...) Onde, porém, existem estados constitucionais que em princípio funcionam, o “povo” tem mais raramente a função de *ícone* de uma legitimidade ilusória; mas ainda continua funcionando de modos muito distintos, seja como *povo ativo*, seja como *instância global de atribuição*, seja como *população real* como o status de ser destinatária de prestações civilizatórias do estado, tais como direitos fundamentais, existência do Estado de Direito, procedimentos justos e equitativos do poder público. (...) Em sistemas democráticos a dominação real tanto é derivada por meio de múltiplas mediações e diluições “do povo”, no âmbito do discurso de denominação e em termos de texto e de procedimentos – precisamente por intermédio de um ordenamento constitucional e jurídico. Na realidade a dominação nunca é exercida pelo povo. Mesmo ao democrata incondicional Jean-Jacque Rousseau, o autogoverno careceria de um “povo de deuses”. Ora, não somos um povo de deuses. O povo dos homens, o povo humano continua servindo para o fim de prover de legitimidade até pelo fato de ser ele dominado. (MULLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A Questão Fundamental da Democracia. Trad. Peter Naumann, Revisão Paulo Bonavides. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003 pp.118-120).

<sup>126</sup> ARENDT, H. *A Condição Humana*. Op. Cit., pp. 67,68. Continua a filósofa Alemã: “A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e



democrática daqueles que foram eleitos para representar o povo (a sociedade civil é, cada vez mais, fracamente representada), assim abordando o grande problema da ausência do elemento político – *princípio da alienação política*<sup>127</sup>, tornando inviável a eficaz configuração do princípio da representação.

Sabe-se que dois são os valores primordiais de uma Democracia: liberdade e igualdade. (*O que de certa forma, segundo Tocqueville, pode gerar uma certa tensão, já que a liberdade promove a capacidade criativa do homem e a igualdade acaba por cercear essa liberdade*), ao passo que a igualdade é refenciada sob o aspecto formal, como fala o italiano Norberto Bobbio sobre a ideia grega de *isogonia*, que torna todas as pessoas iguais e igualmente dignas de governar, sendo denominada de igualdade de natureza ou de nascimento<sup>128</sup>. Já Castanheira Neves aborda a igualdade nas seguintes palavras “*nenhuma pessoa vale mais do que outra – de contrario torna-se-ia objecto, nessa mesma medida, para esse outro [...]*”<sup>129</sup>, referenciando às ideias kantianas do ser humano como fim em si mesmo e não como um meio<sup>130</sup>.

Assim, é na liberdade que reside o *motor essencial* da Democracia, como propõe Castanheira Neves, a liberdade pode ser referenciada sempre como a *condição transcendental da normatividade*, pois não há sentido em considerar o “dever”, a exigência normativa, sem o “poder”. Além de ser a liberdade uma condição de compreensão antropológico–existencial do homem<sup>131</sup>. Mas a liberdade da democracia não pode se solidificar na ausência de restrições impostas por uma *autoridade política*, oriunda da disputa de um individualismo exacerbado que busca se sobrepor; deve, ao contrário, se consubstanciar na coexistência de liberdades rumo ao bem comum, em que a liberdade e a individualidade se distanciem em prol do equilíbrio.

Como observa Tocqueville, se os indivíduos se comprometerem em formar, cada um, a sua própria opinião, buscando “a verdade” por caminhos isolados, jamais se unirão em

---

prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender”. (ARENTH, H. Op. Cit. p, 188).

<sup>127</sup> Referenciado por Pierre Bourdieu apud BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Op. Cit., p. 132.

<sup>128</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 378.

<sup>129</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *DIGESTA: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. 3 Vol. Coimbra: Coimbra Editora: 2008, p. 36.

<sup>130</sup> KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. (A Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude). Trad. Edson Bini. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2003. (pp. 76-77): “No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”

<sup>131</sup> NEVES, A. Castanheira. *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 32.

qualquer crença comum. Dessa forma, nenhuma sociedade poderá existir, pois sem ideias realizadas em comum, não há nenhuma ação comum, e sem ação comum ainda pode haver o homem, mas não haverá sequer nenhum corpo social<sup>132</sup>.

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman, na sua “*Em busca da Política*”, ressalta que há apenas uma certeza dúbia em relação a todo esse histórico desenfreado de acentuada individualidade e descrença no espaço público: “*As duas coisas de que mais temos certeza hoje em dia é que há pouca esperança de serem mitigadas as dores de nossas atuais incertezas e que mais incerteza ainda está por vir.*”<sup>133</sup> Assim, “ao tentar escapar à insegurança, já não é possível utilizar o velho estratagema da conformidade à *vox populi*, uma vez que não se pode mais contar com a irrevocabilidade dos pronunciamentos populares [...]”<sup>134</sup>

Os velhos ideais da concepção democrática de participação popular na vida pública, de engajamento com as questões sociais e tudo o mais que se refere ao público e ao “bem comum” – se é que ainda se pode usar essa expressão – estão em plena decadência. José Saramago<sup>135</sup>, parafraseando Abraham Lincoln, desferiu a crítica: “Estamos numa situação em que uma democracia que, segundo a definição antiga, é o governo do povo, para o povo e pelo povo, nessa democracia precisamente está ausente o povo.”

Numa clara exposição, a indagação trazida neste tópico é a mesma preocupação levantada por Muller<sup>136</sup> em sua obra: se nos dias atuais, tem-se representantes “populares” eleitos (e aqui não se fala generalizando) pela arte da persuasão (em virtude de eleições fraudadas ou em virtude da manipulação do procedimento de votação ou por razões similares) de que valem as leis parlamentares serem publicadas corretamente (com todo o rigor que requer o processo legislativo) se o parlamento não é (de fato) “representativo” *DO POVO?* Fica a reflexão.

---

<sup>132</sup> “If every one undertook to form all his own opinions, and to seek for truth by isolated paths struck out by himself alone, it would follow that no considerable number of men would ever unite in any common belief. But obviously without such common belief no society can prosper, - say, rather, no society can exist; for without ideas held in common, there is no common action, and without common action, there may still be man, but there is no social body. In order that society should exist, and, a *fortiori*, that a society should prosper, it is required that all the minds of the citizens should be rallied and held together by certain predominant ideas; and this cannot be the case, unless each of them sometimes draws his opinions from the common source, and consents to accept certain matters of belief already formed.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Trad. Henry Reeve. Vol. II, 3 ed. Cambridge: Sever and Francis. 1863, p.08. )

<sup>133</sup> BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Op. Cit., p. 32.

<sup>134</sup> BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Op. Cit., p.31.

<sup>135</sup> HALPERÍN, Jorge. *Conversaciones con Saramago: Reflexiones desde Lanzarote*. Barcelona: Icaria- Más Madera, 2002.

<sup>136</sup> MULLER, Friedrich. Op. Cit., p. 65.

Ou seja, a crise do político não se consubstancia apenas na ausência de valores ou na confusão causada pela pluralidade de valores, mas, sobretudo, na “ausência de um agente efetivo o bastante para legitimizar, promover, instalar e servir a qualquer conjunto de valores ou qualquer agenda de opções consistente e coerente<sup>137</sup>.” No entanto, há um problema que sucede, qual seja, a agenda de opções continua sendo estabelecida e ela não tende a se tornar menos dura e coercitiva só por não ser estabelecida *politicamente*<sup>138</sup>. É elaborada tal como antes, mas agora por um novo agente operacional não político. Na verdade, as pressões de mercado e o brutal crescimento e autonomização do poder econômico estão substituindo a legislação política<sup>139</sup>. *Nos dias de hoje, a política foi substituída por economia, o Estado foi “engolido” pelas multinacionais e o cidadão passa a ser sinônimo de consumidor*<sup>140</sup>.

Nesse viés, retomam-se os estudos de Carl Schmitt nas obras “*O Conceito do Político*” e “*A crise da democracia parlamentar*”, conforme o filósofo “[...] o parlamento só é ‘autêntico’ na medida em que a discussão pública é levada a sério e é efetivamente realizada<sup>141</sup>”, ou seja, havendo uma desvinculação do parlamento de seu princípio fundamental (qual seja, a *discussão ampla e pública* que viabilize uma construção normativa, tendo em foco um conflito de opiniões e não um conflito de interesses) ocorre a descaracterização da democracia parlamentar, em que a luta política passa a representar uma moral individual (oriunda do Estado liberal), impedindo a formação das vontades coletivas autônomas<sup>142</sup>.

Zygmunt Bauman lança dúvidas acerca da teoria democrática (com a *separação* entre os domínios público e privado e sua *independência* mútua) e ressalta que para a sociedade ser independente precisa de indivíduos independentes, e esses só podem ser livres numa sociedade autônoma. Assim, realça a necessidade de reequilíbrio e retoma a sociedade grega

<sup>137</sup> BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Op. Cit., p. 80.

<sup>138</sup> Leia-se *politicamente* no sentido de ser estabelecida por cidadãos políticos, ou seja, com membros da sociedade comprometidos com o bem estar social, fazendo valer o princípio da representação democrática.

<sup>139</sup> Continua o sociólogo Polonês: “[...] a agenda atual cristaliza-se como um pós-efeito ou efeito colateral das operações de mercado: ela não as precede como motivo e menos ainda como intenção deliberada ou objetivo articulado. Tem todas as características de um “produto natural” – e de um produto contingente, nem planejado nem mesmo previsto, e portanto não escolhido.” (BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Op. Cit., p. 81).

<sup>140</sup> “[...] a passagem para o estágio final da modernidade ou para a condição pós-moderna não produziu maior liberdade individual – não no sentido de maior influência na composição da agenda de opções ou de maior capacidade de negociar o código de escolha. Apenas transformou o indivíduo de cidadão político em consumidor de mercado.” (BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Op. Cit., p. 84).

<sup>141</sup> Prossegue dizendo que o Parlamento parou de se preocupar com as questões públicas e transformou-se em “[...] objeto de cobiça e de compromissos dos partidos e dos agregados, e a política, longe de ser uma ocupação da elite, passou a ser desprezível negociata de uma desprezível classe de gente.” (SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 6.)

<sup>142</sup> SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, pp. 98-99.

aos exemplos dos ambientes domésticos da *oikos* e político da *eclésia*, mantendo-as comunicáveis através da terceira esfera denominada *ágora*, cujo papel principal não era manter o público e o privado separados nem preservar a integridade territorial de cada um, mas garantir um tráfego suave e contínuo entre eles, promovendo, assim, a autonomia da *pólis*, na qual o espaço público volte a assumir sua autonomia com debates e discussões que admitam a participação popular eficaz<sup>143</sup>.

Por fim, retoma-se a liberdade para justificar onde deve estar pautada a incansável busca da identidade democrática, mas *atenção*, liberdade não de um ponto de vista *negativo* – no sentido de não serem coagidos a fazer o que não fariam por espontânea vontade – mas *positivamente* livres, isto é, no sentido de serem capazes de fazer algo da própria liberdade, o que significa poder influenciar as condições da própria existência, dar um significado para o “bem como” adequando as instituições sociais à essa premissa<sup>144</sup>.

Onde se insere o Judiciário nessa confusão? A conclusão é clara e simples. Na medida em que os Poderes representativos não conseguem atender as demandas sociais e não proporcionam respostas eficazes para os problemas, as pessoas já não se veem com voz na democracia, é uma descrença em si mesmo. Numa Constituição cheia de direitos e política judicializada, a quem resta recorrer? Ao Judiciário. Eis a última esperança de quem tem muitos direitos, mas pouca efetivação. Garapon analisa referido fenômeno em “*O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia*”:

O papel de guardiões da virtude pública destina-se, hoje, em França, aos juristas e, particularmente, aos juizes que se tornam, de forma bastante evidente, a consciência moral da vida social, política e económica. [...] Pretendem apresentar-se como o último refúgio da virtude e do desinteresse numa República abandonada pelos seus representantes. Tal facto desperta o velho demónio inquisitorial ainda presente no imaginário latino. Estas novas expectativas surpreendem uma magistratura pouco preparada para esse papel. Daí decorrem os excessos [...]. (GARAPON, Antoine. Op. Cit., p. 53.)

Esse agigantamento judiciário, como bem explica a autora alemã Ingeborg Maus, em

<sup>143</sup> “Sem a *ágora*, nem a *pólis* nem seus membros poderiam alcançar e muito menos preservar a liberdade de decidir o sentido do bem comum e o que se deveria fazer para atingi-lo. Mas a esfera pública/privada, como qualquer cenário ambivalente ou terra de ninguém (ou melhor, qualquer terra com donos demais, de propriedade disputada), é um território de constante tensão e luta, tanto quanto espaço de diálogo, cooperação e compromisso.” (BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Op. Cit., p.93.)

<sup>144</sup> Acerca da reconstrução do espaço público, continua: “Não será coisa fácil, considerando o perigoso estado atual da esfera público-privada, da qual o “público” recuou para buscar abrigo em lugares politicamente inacessíveis e o “privado” está a ponto de retirar-se para a própria auto-imagem. Para adaptar a *ágora* aos indivíduos livres e à sociedade livre, é preciso interromper ao mesmo tempo sua privatização e despolitização. É preciso restabelecer a tradução do privado para o público. É preciso retomar (na *ágora* e não apenas em seminários de filosofia) o discurso interrompido do bem comum – que torna a liberdade individual tanto factível como digna de luta.” (BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Op. Cit., p. 112- 113).

“*O Judiciário como superego da sociedade órfã*”, surge a partir da crise democrática e desconfiança nas instituições políticas, razão pela qual a sociedade se vê obrigada a procurar um novo gestor (*um novo pai*) para dar respostas aos grandes problemas da sociedade<sup>145</sup>.

Assim, finaliza-se o capítulo com as palavras de Garapon: “*Governo dos juizes, activismo jurisdicional, protagonismo judicial, tentação da justiça redentora [...]São muitas as palavras que permitem designar os novos perigos que a justiça pode criar à democracia*<sup>146</sup>”.

---

<sup>145</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, nº 58, nov. 2000, pp. 183-202.

<sup>146</sup> GARAPON, Antoine. Op. Cit., p. 54.

## CAPÍTULO III

### DOS LIMITES À ATUAÇÃO LEGIFERANTE DO PODER JUDICIÁRIO

#### **1. E agora, Excelência: Constitucionalismo ou Democracia? - O precioso argumento “da garantia aos direitos fundamentais”**

É sabido que o Estado Constitucional Democrático advém de duas ideias que, juntas, o sustentam: *constitucionalismo* e *democracia*, na medida em que o primeiro significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. E o segundo significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria<sup>147</sup>.

A partir do século XX, o fenômeno do Constitucionalismo, definido como uma teoria “que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...] uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. [...] uma *teoria normativa da política*.”<sup>148</sup> Acarretou numa série de mudanças estruturais, principalmente ante as funções do Poder Judiciário. O Estado Constitucional passa ao paradigma de três fundamentos: “supremacia Constitucional”; “interdependência dos poderes”; “dimensão objetiva dos direitos fundamentais.”<sup>149</sup>

Nesse sentido, a intervenção judicial antes programada no universo da resolução de conflitos de interesses nos limites estabelecidos e previstos legalmente, passa a assumir um importante papel na proteção e garantia aos direitos fundamentais, haja vista sua tarefa de guardião da Constituição, contando com um precioso instrumento de proteção: o controle de constitucionalidade das leis. Junto a esse fator, as transformações político-sociais promovidas pelas ideologias liberais e o sobressalto do individualismo (uma fragilidade e despolitização

---

<sup>147</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial... Idem, p. 81.

<sup>148</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 11ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

<sup>149</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Os Impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira. In: *Estudos Jurídicos – Direito Público*, Porto Alegre, nº 30, nov./dez. 2009, pp. 221-225.

do sujeito<sup>150</sup>) inseriram a sociedade num processo de descrença nas instituições majoritárias, resultando na atribuição de expectativas ao Poder Judiciário como o guardião (o garantidor – o provedor) das promessas contidas na Constituição<sup>151</sup>. Como comenta José S. Carvalho Filho (op. cit, p. 13), essa modificação é, em princípio, positiva, haja vista elevar o Judiciário ao patamar de igual força diante dos outros poderes, atuando no equilíbrio e promovendo a Democracia, já que atende às minorias e não apenas à maioria representada. Capelletti assume o mesmo raciocínio:

[...] dissipou-se em grande parte a utopia tipicamente ocidental, concernente à perfeita capacidade dos poderes “políticos” de alcançar o consenso dos governantes, ou pelo menos da maioria. Os cientistas políticos amplamente demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada “diretamente responsável perante o povo”, nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa. (CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 94).

Ou seja, entre *constitucionalismo e democracia* (vontade e razão/ direitos fundamentais x governo da maioria), qual terá voz mais alta no vigor de uma decisão judicial? De fato, ultimamente, o precioso argumento “da garantia aos direitos fundamentais” tem sido o “grito mais alto” embaixador das decisões (criações) judiciais, assim, sendo tais direitos, nas palavras do Mestre Canotilho: “*um elemento básico para a realização do princípio democrático*<sup>152</sup>”, e como bem explica o Catedrático da Universidade de Coimbra, Fernando Alves Correia:

A protecção dos direitos fundamentais pela justiça constitucional vem sendo destacada pela doutrina, que a considera como um dos eixos fundamentais (a par da garantia da observância do princípio da separação dos poderes, nas suas múltiplas e diversas manifestações), em termos de se poder afirmar que ela é, hoje, a vertente preponderante, sob os pontos de vista qualitativa e quantitativa, da jurisdição constitucional, apresentando-se esta, em larga medida, como uma “jurisdição dos direitos fundamentais”. Graças à justiça constitucional, os direitos fundamentais (entendidos estes, como salienta K. Hesse, como direitos subjectivos e como princípios objectivos da ordem constitucional) impregnam não só a vida pública, mas também o conjunto da vida jurídica. (CORREIA, Fernando Alves. Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdictional efectiva. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIX, Coimbra: 2003, p. 68).

Sem dúvida alguma, o constitucionalismo contemporâneo exige, ante a complexidade da sociedade, que se garantam direitos e deveres, sendo a jurisdição a via mais eficaz e efetiva. O relevante papel da jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais – como guardião e garantidora destes – é imprescindível quanto à efetivação dos direitos

<sup>150</sup> Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional do Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (Org.). *Judicialização da Política e Democracia*, 1 ed. Brasília: IDP, 2014, p. 12.

<sup>151</sup> Como referenciado na obra de Antoine Garapon: *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Trad. Francisco Aragão. Instituto Piaget, 1996.

<sup>152</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...* Op. Cit., p. 171.

garantidos (previstos) pelas Constituições, sobretudo o basilar: dignidade da pessoa humana. O que tem ocorrido, no entanto, é que o argumento “da defesa” ou “em defesa” a esses direitos tem servido para legitimar o tão discutido e preocupante “governo dos juízes”, pois diversas são as decisões com efeito normativo que estabelecem direitos através da garantia aos direitos fundamentais do indivíduo. E então, a dúvida de que se acomete é quanto à dicotomia (o empasse) da base das decisões judiciais: *constitucionalismo ou democracia, senhor Juiz?*

Nessa conjuntura, a absorção de novas competências pelo Poder Judiciário precisa vir vinculada ao estabelecimento de limites para sua atuação e aos fundamentos de equilíbrio e controle instituídos pelo princípio da separação dos poderes. Luís Roberto Barroso explica que podem surgir conflitos entre constitucionalismo e democracia, mas que estes devem ser conflitos aparentes, já que a Constituição tem, por óbvio, que estabelecer as “regras do jogo democrático”, assegurando o governo da maioria, com participação política ampla e a alternância no poder. Contudo, não deve esquecer dos direitos das minorias, o que significa a proteção dos valores e direitos fundamentais aos que estão em circunstâncias de desvantagem, àqueles vencidos pelo grupo que têm mais votos<sup>153</sup>.

Nesse sentido, em tentativa de solucionar o empasse, Ronald Dworkin defende a *concepção constitucional da democracia* (ao contrário da *concepção procedimental* defendida por Jürgen Habermas<sup>154</sup>) em que os princípios são inerentes ao sistema e devem ser

<sup>153</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial... Idem, pp. 81-82.

<sup>154</sup> Habermas defende que a Jurisdição Constitucional deve apenas garantir a preservação dos princípios democráticos, a qual não teria competência de revisar as normas elaboradas de forma democrática pelos cidadãos. Segundo ele: “O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 300-301). Além disso, defende a ideia de uma democracia deliberativa, através da qual o direito deve ser legitimado a partir da formação discursiva da opinião dos cidadãos, ou seja, “os que estão submetidos ao direito na qualidade de destinatários, devem entender-se também como autores do direito”. (HABERMAS, Jürgen. Idem, p. 157.) Desse modo, o cumprimento do princípio democrático se realizaria através de uma *concepção procedimental da democracia*, na qual o controle abstrato das normas deve ser feito pela mesma via legislativa que a elaborou, muito embora considere que o Tribunal Constitucional tem o papel importante na defesa dos direitos fundamentais que, por sua vez, são indispensáveis à manutenção dessa democracia, fatores que justificam a aceitação do *judicial review*, mas com moderação. Para Habermas, a Corte Constitucional deve ser protetora do processo deliberativo democrático, garantindo proteção ao processo de criação do direito: “A função da corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação de opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político”. (HABERMAS, Jürgen. Idem, 2003.) Além de Habermas, outros autores defendem a teoria Constitucional procedimentalista, é o que fala, por exemplo, John Hart Ely ao criticar o *judicial review* e seu aspecto antidemocrático: “só deverá haver intervenção pelos Tribunais na legislação democrática quando a própria integridade do processo de deliberação tenha sido violada, mas jamais para



protegidos através de uma ação interpretativa do Poder Judiciário, na qual podem assumir um lugar mais importante que as regras ou do que os objetivos políticos, tendo em vista que expressam os ideais construtivos da comunidade política<sup>155</sup>. Para o autor, restringem-se os direitos constitucionais ao fazer uma interpretação estrita da Constituição e, entendendo que a Lei Maior tem o fim de proteger os cidadãos contra as decisões tomadas por “certas maiorias”<sup>156</sup>, a atitude interpretativa do juiz é fundamental. Dworkin defende que o *judicial review* pode viver em harmonia com a democracia e sustenta que o juiz “deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta<sup>157</sup>”, o que não significa que os Tribunais possam tomar decisões políticas, pois “eles sempre deverão pautar as suas decisões nos princípios, mesmo nos casos difíceis<sup>158</sup>”.

Já para Robert Alexy, direitos fundamentais e democracia estarão conciliados, na medida em que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”, portanto:

“O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.” (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no*

---

realizar escolhas substantivas”. (ELY. John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press, 1980.)

<sup>155</sup> KOZICKI, Kátia. *Conflito e Estabilização: Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas*. Tese de doutorado definida na Universidade Federal de Santa Catarina, ano 2000, p. 182.

<sup>156</sup> “A teoria constitucional em que se baseia o nosso governo não é simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a Bill of Rights (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, p. 209, 2002).

<sup>157</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 95-96.

<sup>158</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos...* Op. Cit., p. 231.

Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 217, jul./set. 1999, pp. 55-66.)

A conclusão é, sem dúvidas, do notável papel do judiciário na proteção aos direitos fundamentais, desde que a Constituição não seja invocada para asfixiar a atuação do legislador<sup>159</sup>. *A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo*<sup>160</sup>.

## 2. Contenção Judicial

### 2.1 O papel do juiz – Interpretação *versus* Criação?

Talvez seja este o tópico mais complexo desta dissertação, pois que de difícil redução à termo ou tracejos que limitem o sentido e significado do “papel do juiz” na sociedade. Isto porque a mutação – a mudança dos costumes, a reavaliação das coisas, das teorias e a revalorização ou mesmo valorização de novas ideias, dos novos tempos – promovem, decerto, um remapeamento nos quadros da sociedade (independente da matéria a que possa referir-se, pois fala-se das pequenas às grandes transições). Especificamente e limitando-se à jurisdição e ao papel de seu principal ator (o juiz), é tema atual e provocativo de grandes debates, críticas, “medos” e questionamentos acerca de sua função nos tempos atuais.

Assim, retomando mais uma vez o termo *crise*, já nas palavras de Castanheira Neves, o qual não traduz apenas o negativo circunstancial, mas a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual do sentido das referências até então regulativas. Quanto ao papel do juiz, vale tomar nota de algumas considerações. Afinal, “O paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige. E o essencial dos sistemas e dos paradigmas não está na estrutura, mas no sentido: a estrutura organiza e permite o funcionamento, mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta.”<sup>161</sup>

A tarefa do juiz é portanto indispensável na realização do direito. Nobre é o papel que dele se espera, exigindo uma responsabilidade ética de projeção comunitária. Corolário disto, Castanheira passa pelos três modelos de juridicidade e correlatos modelos de jurisdição:

<sup>159</sup> “A constituição não pode ser ubíqua.” (SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: *Revista de Direito do Estado*. 2:83, 2006.)

<sup>160</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial... Idem, p. 82.

<sup>161</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*. In: *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 162.

*normativismo legalista, funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo*, considerando-os referenciais indispensáveis para possibilitar a conclusão (ou longe de propor uma resposta acabada) da função do juiz diante da sociedade.

Quanto ao primeiro modelo, ultrapassada a ideia *montesquiana* do direito como sinônimo de legislação<sup>162</sup> e da concepção de ser o poder judicial entendido como “*de quelque façon nulle*”, e a atuar como “*la bouche de la loi*”, e os juízes “*êtres inanimés*” enquanto apenas servidores da lei e “*qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” como mero pronunciador da lei<sup>163</sup>, haja vista a incontestável impossibilidade de um estrito legalismo, que teve seus horizontes guiados por um individualismo contratualista e encontrou força em um dos seus teóricos mais radicais (Kelsen). Embora não se possa afirmar que esteja esse modelo absolutamente superado, afinal, diz Castanheira que “[...] na história cultural as sobrevivências são um fenómeno conhecido e há mortos que morrem devagar.<sup>164</sup>”. Portanto, a ultrapassagem do positivismo, ou seja, do normativismo legalista (embora um histórico-referencial indispensável) já é um discurso obsoleto em sua razão de ser, mas não se pode esquecer e nem renegar que suas raízes ainda perduram.

Referido modelo estabelecia uma autonomia sistemático-dogmática ao direito, no entanto, a crítica que Castanheira faz a essa autonomia é que: “sustentava-se numa normatividade que dogmaticamente acabava por se fechar sobre si própria; e nesse seu isolamento alienava-se de uma realidade social que evoluía e furtava-se também assim aos compromissos político-sociais, económicas, etc. [...]”<sup>165</sup>, abrindo, assim, espaço ao modelo funcionalista.

A perspectiva do funcionalismo jurídico deixa de lado o individualismo positivista e toma como referencial a sociedade como “«fenómeno global» e uma heteronomia

---

<sup>162</sup> Quanto à premissa do direito como sinônimo de legislação, melhor explica Castanheira: “Se a lei iluminista (e revolucionária) se podia identificar com o direito porque nas suas racionalidade e universalidade os valores da liberdade e da igualdade se assimilariam e garantiriam, e desse modo definia um *status* normativo formal que enquadrava o comportamento social mas dele se descomprometia, hoje as leis não são mais do que prescrições de certas forças políticas, mesmo partidárias, que no quadro do sistema político-estadual ou constitucional adquirem legitimidade para tanto e pelas quais se impõe um programa de acção político-social, em que uma política se afirma e concretamente se compromete com fins particulares – numa palavra, se as leis, de estrito estatuto jurídico, passaram a «instrumento político» («governa-se com as leis»); também, por outro lado e numa evidente coerência com o ponto anterior, a *praxis* social radicalmente se politizou, tornando-se objecto, o campo e o objectivo do que se diz o «*Big Government*» globalmente interventor e transformador. Pelo que tudo converge neste problema: o problema da autonomia do direito e da possibilidade institucional da sua afirmação.” (CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 172).

<sup>163</sup> CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 171.

<sup>164</sup> CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 179.

<sup>165</sup> CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 180.

macroscópica que se viria a teorizar como *sistema social*<sup>166</sup>”, ou , como queira, uma político-socialização do direito, com o propósito de funcionalizar (como o próprio nome autoreferre-se) todos os elementos e dimensões do próprio direito. Modelo que se associa ao surgimento do *Welfare State* e, como ressalta Castanheira (Digesta 3 Vol., p.175), da conversão dos problemas humanos em problemas sociais, na medida em que todos os acontecimentos humanos (educação, saúde, ensino, habitação, emprego, etc.) são problemas que passarão a ser tutelados pelo Estado.

[...] funcionalizado à estruturação, à regulação e à organização operatória global da sociedade, numa conseqüente perda de autonomia intencional e material, pois que se converte num instrumento, de particulares características prescritivas e institucionais, ao serviço das exigências provindas das instâncias e das forças políticas ou simplesmente, sociais, culturais, económicas, etc. (CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p.175).

Por óbvio, a legitimação que viabilizou (e viabiliza) esse modelo continua a ser a legislação, mas com uma outra intenção ou, nas palavras de Castanheira, *com uma outra índole*, já que ultrapassa a função normativista e de segurança jurídica para tornar-se elemento da ação política, governando-se com leis. “Quer dizer, a legislação ficou instrumentalmente disponível para todos os tipos prescritivos que aquela funcionalidade exigisse.<sup>167</sup>” (a questão já abordada da politização da juridicidade). Continua Castanheira:

[...] ao propor-se o funcionalismo jurídico ouvir as exigências e as pretensões provindas do contexto político-social, da realidade social, e propondo-se actuar estratégico-decisoramente sobre ela em todos os casos que suscitem as decisões concretas mediante os efeitos que estas produzam, não poderá certamente ver essa realidade segundo uma neutra analítica que a decomponha em meros «factos» para a lógica aplicação de uma abstracto-racionalística normatividade conceitualizada – como vimos acontecer no normativismo. (CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p.186).

Há no funcionalismo um carácter inter (ou trans-) disciplinar do pensamento jurídico, no qual o direito passa a assimilar as ciências sociais, controlando-as. O juiz adquire, contudo, um aspecto dinâmico de atuação para além das “paredes” do subjetivismo legal, ou seja, passa a ser o “«colaborador na realização de finalidades sociais e políticas: o seu papel consiste em comparar sistematicamente objectivos alternativos com vista aos seus resultados respectivos e aos valores que lhe estão subjacentes».<sup>168</sup>” Em suma, neste modelo, o direito é puramente político.

<sup>166</sup> CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 175.

<sup>167</sup> “Só que o funcionalismo jurídico é ele próprio complexo – oferece-se em modalidades diferentes, que devemos ter presentes. Assim, temos o *funcionalismo político*, o *funcionalismo social*, já tecnológico, já económico, e o *funcionalismo sistémico*.” (CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p.176-183).

<sup>168</sup> CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3Vol. Op. Cit., pp.186-187.

Diferente é o que atribui sentido à concepção jurisprudencialista, na qual, numa perspectiva microscópica, orienta-se por uma autonomia de uma validade normativa material que numa prática problemática e judicanda, se realiza, sendo o homem-pessoa o sujeito da prática, haja vista visar uma recompreensão do próprio homem (não só sujeito de direitos, mas de deveres) – “não sendo os direitos simples reivindicações politicamente sustentadas e os deveres exterioridades limitativas só pelo cogente cálculo dos interesses e sempre repudiavelmente sofridos, como acontece com a polarização prática do indivíduo [...]”<sup>169</sup> – põe-se na contramão do funcionalismo e sua visão macro, que toma o direito como instrumento ou meio, assim como recusa o extremo do modelo positivista que trata o direito como objeto normativo.

Propõe, no entanto, um “axiológico normativo *fim em si* – ele próprio um *valor* na validade que exprime.<sup>170</sup>”. Ou seja, os problemas são analisados em concreto e referentes a sujeitos particulares, numa realidade de interação prática entre os indivíduos, “não se trata nem da realidade redutível a «factos» discretos e apenas empiricamente determináveis, nem da «realidade social» em termos especificamente sociológicos, mas da realidade correlativa à própria normatividade axiológico-materialmente jurídica [...]”<sup>171</sup>. Neste sentido, propugna o Catedrático da Universidade de Coimbra, que “*o juiz convocado ao juízo nestes termos é o juiz do jurisprudencialismo – e a sua jurisdição a de uma validade problemático-concretamente realizanda neste modo judicativo.*”<sup>172</sup>.

Deixemos por alguns momentos o pensamento de Castanheira, os quais, adianta-se, voltarão a completar o raciocínio quanto ao papel do juiz. O ponto de partida, nesse momento, assume a ideia de que toda norma jurídica é, a certo ponto, incompleta, o que traz para a lógica de que essa incompletude (haja vista a precipitação do legislador ao produzir um precedente normativo) depende de um elemento-fator “tempo” para que se molde na realidade social que a época exige (Gerhart Husserl<sup>173</sup>), ou seja, na concepção jusfenomenológica de Husserl, o direito é sinônimo de tempo, e traduz-se num fenômeno histórico e intersubjetivo, em que uma lei é interpretada conforme as necessidades de uma sociedade no momento presente, sendo a época histórica de sua elaboração apenas base de referência. Esse diálogo

<sup>169</sup> CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 189.

<sup>170</sup> CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 191.

<sup>171</sup> CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 195.

<sup>172</sup> CASTANHEIRA NEVES, *DIGESTA*, 3 Vol. Op. Cit., p. 197.

<sup>173</sup> “as normas do direito comportam eficácia conforme seu sentido, quando e na medida em que [...] ‘caminham junto com o tempo’.” (HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.)

entre o direito e o tempo e das necessidades de ajustamento do texto positivado à época de sua aplicação muito se assemelha às concepções jurisprudencialistas de Castanheira Neves, que concebe a jurisprudência como uma espécie de continuidade do ato legislativo.

Não se deve esquecer, contudo, do que motiva estas linhas dissertativas e trazer à baila o tema do Ativismo (criacionismo) Judicial. Assim, torna-se imprescindível, *a priori*, o conceito de interpretação, trazido neste texto através das linhas do Constitucionalista J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 1200): “Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada.” Continua (2003, p.1207): “Considerar a interpretação como tarefa, significa, por conseguinte, que toda a norma é «significativa», mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa.<sup>174</sup>”

Para determinar os limites ou a diferença consistente entre interpretação e criação do direito, observa-se as conclusões de Mauro Cappelletti em seu “*Juízes Legisladores?*”, que “com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização humana [...]” Isto porque “interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz [...] reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar.<sup>175</sup>” Pois bem, observa-se que o fator “tempo” unido à possibilidade de interpretação dinamiza o direito e retira-o da concepção de letra morta, ou de mero instrumento (retomando Castanheira).

Maria Benedita Urbano, em conferencia proferida no VIII Congresso Mundial da Associação Internacional do Direito Constitucional, traz como questão inicial se interpretação e criação são diferentes conceitos. “Today, there seems to be general agreement that the distinction between the concepts of “interpretation” and “creation” corresponds to a false

---

<sup>174</sup> “Interpretar a constituição é uma tarefa que se impõe metodicamente a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração, tribunais). Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente «justo» através da adopção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este resultado também de forma racional e controlável (Hesse).” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...* Op. Cit., p. 1207.)

<sup>175</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., pp 20-21.

dichotomy.<sup>176</sup> Isto significa que, a certo ponto, o intérprete utiliza-se de diversas influências (capacidade de intelecto, experiências, estado de alma, etc.) para interpretar – “criar” – o direito, pois que é chamado para dar vida ao texto que por si mesmo é morto. Assim, retomando Cappelletti: “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa.<sup>177</sup>”

Mas é justo nessa possibilidade de “criação” que preocupa e delinea as questões do Ativismo. Cappelletti afirma que o problema não consiste na “[...] clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do *grau de criatividade* e dos *modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais*.” Para este autor, é inevitável certo grau de criatividade (ou de uma chamada “discricionariedade”). Os princípios constitucionais, apenas a título exemplificativo, podem ser vagos, abstratos e ambíguos, mas isso não se confunde com uma total liberdade do intérprete, pois, ao se tomar o juiz como também criador do direito, adianta-se uma óbvia conclusão, haja vista ser natural a criação a partir da interpretação, mas e, tão somente, a questão problemática se molda no “*grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial*.”, já que “discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos.<sup>178</sup>”

## **2.2 Em defesa da Democracia: Blindagem ao Relativismo e a Discricionariedade Judicial (filosofia hermenêutica de Heidegger, hermenêutica filosófica de Gadamer e Teoria integrativa dworkiana)**

Para introduzir este tópico, que reflete acerca da ciência jurídica, “primeiro é preciso estar de posse de um contexto de significados que nos permitam dizer a conexão interna que existe entre *verdade e validade*.<sup>179</sup>”

Em Kelsen e sua norma hipotética fundamental, “a validade é atributo das normas

<sup>176</sup> URBANO, Maria Benedita. The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu’s Legacy or a New Configuration for an Old Principle? In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI (BFD, 86), 2010, pp. 627.

<sup>177</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 22.

<sup>178</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., pp. 23-25.

<sup>179</sup> STRECK, Lenio. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. LI, nºs 1 e 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 237.

jurídicas, enquanto prescrições objetivas da conduta; ao passo que a verdade é uma qualidade própria das proposições jurídicas que, na sistemática da Teoria Pura do Direito, descrevem – a partir de um discurso lógico – as normas jurídicas.<sup>180</sup> Assim, uma norma jurídica apenas será válida quando submetida a uma lei (em sentido lato) e, por conseguinte, esta lei deverá estar submetida à Constituição, contudo, quanto à validade desta última, Kelsen introduz a teoria da norma hipotética fundamental, traduzindo-se numa premissa sem precedente – a norma fundamental *é porque é*. Dessa forma, como estuda Streck, “a relação de validade – que autoriza a aplicação da norma, fundamentando-a – não comporta uma análise lógica na qual a pergunta seria por sua *verdade* ou *falsidade*.” Ou seja, “no momento em que as proposições que descrevem as normas jurídicas se mostrarem contraditórias, também as normas descritas o serão e a determinação de qual proposição é a verdadeira, por consequência, determinará qual norma será igualmente válida.<sup>181</sup>”

No “positivismo moderado” de Herbert Hart, que guarda algumas divergências com a matriz kelsiana, há dois tipos de regras (normas): as primárias, aquelas determinantes de direitos e obrigações para certa sociedade política, e as secundárias, as quais permitem e preveem a criação das regras primárias. Estas últimas se legitimam a partir de uma “regra de reconhecimento”, que, para Hart, “*é uma questão de facto*”<sup>182</sup>, não havendo necessidade de demonstração de sua validade, já que se embasa num critério de aceitação sociológico.

Ora, retomando, mais uma vez, a raiz do pensamento positivista em Kelsen e Hart, que relacionam os significados de *verdade* e *validade* numa matriz absolutamente teórica e, como já brevemente citado (*capítulo II, tópico 1.1*), produzem uma *asfixia da realidade*, já que abrem espaço para a discricionariedade judicial, tornando explícito o déficit democrático.

É em Martin Heidegger<sup>183</sup>, através de sua problematização da modernidade, que se tornou possível observar o “erro” dos projetos positivistas acerca da ciência jurídica, pois, como afirma um de seus maiores estudiosos, Ernildo Stein:

[...] com a modernidade, surgiu a questão da subjetividade e com isso a questão do método. Assim, o ser humano passa a considerar a natureza e os recursos do Planeta como transformáveis e manipuláveis sem limite. Dessa forma, preocupa-se com o problema daquilo que hoje denominamos globalização. (STEIN, Ernildo. A

<sup>180</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica... Idem, p. 237.

<sup>181</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica... Ibidem, pp. 238-239.

<sup>182</sup> Cf. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 121.

<sup>183</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e o tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15 ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2005.



superação da metafísica e o fim das verdades eternas. In: *IHU On-line*, Jul. de 2006)

Portanto, em breves linhas, tentar-se-á explicar as ideias fenomenológicas heideggerianas, que visam uma “interpretação ou hermenêutica universal”, com críticas à metafísica, pois aqui a linguagem (e a interpretação, por conseguinte) “não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-linguístico, o texto procura *não se desligar da existência concreta*, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada.<sup>184</sup>”

Em outras palavras, na obra *Ser e Tempo*, Heidegger estuda a questão filosófica do ser: “*Que é ser?*”, concluindo que o ser humano é um “ente destacado” (denominado de “*ser-aí*”) capaz de questionar o ser e possuir uma compreensão deste, na medida em que essa compreensão impõe-se numa análise existencial, que tem como tarefa explorar a conexão das estruturas existenciais que definem a existência do ser-aí. Opõe-se, assim, às ideias da metafísica, já que esta esconde o ser, reduzindo suas teorias apenas no ente enquanto ente<sup>185</sup>. “Heidegger libertou o ser humano como ser no mundo de qualquer amarra metafísica, deixando, como tarefa sua, a instauração da verdade. [...] não há verdades absolutas ou literalmente “não há verdades eternas”. A verdade só existe porque o ser humano opera com ela.<sup>186</sup>” Portanto, em Heidegger, a superação da metafísica não significa precisamente seu fim, mas uma diferente forma de pensá-la.

Contudo, retomando a questão da discricionariedade, “o equívoco dos projetos positivistas está no próprio recorte na totalidade do ente que tais teorias efetuam para

<sup>184</sup> STRECK. Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 20.

<sup>185</sup> Quanto ao “ente” e o “ser” e seus estudos do que vem realmente a ser a metafísica, em “Que é Metafísica?” de Heidegger: “A referência ao mundo, que importa através de todas as ciências enquanto tais, faz com que elas procurem o próprio ente para, conforme seu conteúdo essencial e seu modo de ser, transformá-lo em objeto de investigação e determinação fundante. [...] Esta privilegiada referência de mundo ao próprio ente é sustentada e conduzida por um comportamento da existência humana livremente escolhido. Também a atividade pré e extracientífica do homem possui um determinado comportamento para com o ente. A ciência, porém, se caracteriza pelo fato de dar, de um modo que lhe é próprio, expressa e unicamente, à própria coisa a primeira e última palavra. Em tão objetiva maneira de perguntar, determinar e fundar o ente, se realiza uma submissão peculiarmente limitada ao próprio ente, para que este realmente se manifeste. Este pôr-se a serviço da pesquisa e do ensino se constitui em fundamento da possibilidade de um comando próprio, ainda que delimitado, na totalidade da existência humana. A particular referência ao mundo que caracteriza a ciência e o comportamento do homem que a rege, os entendemos, evidentemente apenas então plenamente, quando vemos e compreendemos o que acontece na referência ao mundo, assim sustentada. O homem — um ente entre outros — “faz ciência”. Neste “fazer” ocorre nada menos que a irrupção de um ente, chamado homem, na totalidade do ente, mas de tal maneira que, na e através desta irrupção, se descobre o ente naquilo que é em seu modo de ser. Esta irrupção reveladora é o que, em primeiro lugar, colabora, a seu modo, para que o ente chegue a si mesmo. [...] Metafísica é o perguntar além do ente para recuperá-lo, enquanto tal e em sua totalidade, para a compreensão. (HEIDEGGER, Martin. “*Que é Metafísica?*”. Trad. Ernildo Stein. Versão eletrônica disponível em: <<http://www.psb40.org.br/bib/b20.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2014.)

<sup>186</sup> STEIN, Ernildo. Op. Cit., 2006.

caracterizar o estudo do fenômeno jurídico.<sup>187</sup> Assim, a preocupação é justo quanto ao limite da discricionariedade e do decisionismo da decisão judicial. Streck fala que a questão da “validade da interpretação” deve ser analisada a partir da destruição do método – o que não implica numa irracionalidade ou num relativismo filosófico, pois a ausência do método não enseja textos arbitrários, apenas destrói o “método acabado e definitivo que o subjetivismo epistemológico da modernidade construiu” – que pode ser visto na hermenêutica filosófica de Gadamer, assim como na teoria integrativa dworkiana, já que as duas teorias estudam a decisão e não admitem a “discricionariedade dos juízes”<sup>188</sup>.

A reflexão aprendida nos diversos escritos de Streck é que “*A validade é o resultado de determinados processos de argumentação em que se confrontam razões e se reconhecem a autoridade de um argumento*”<sup>189</sup>, mas, ressalte-se, a autoridade de um argumento não pode ser sinônimo de qualquer tipo de arbitrariedade, pois, como ensina Gadamer, a autoridade de argumentação não confunde-se com obediência, mas com *conhecimento*. “[...] Seu verdadeiro fundamento é, também aqui, um ato da liberdade e da razão, que concede autoridade ao superior basicamente porque possui uma visão mais ampla ou é mais consagrado, ou seja, porque sabe melhor.”<sup>190</sup>

Em outras palavras, a hermenêutica filosófica e a teoria integrativa dworkiana, propõe uma revalorização da retórica num sentido prático, viabilizando um ambiente em que os problemas sejam resolvidos concretamente “no interior desta mesma realidade, e não numa instância superior, de cunho ideal que, posteriormente, passa a ser aplicada por mimetismo à realidade.”<sup>191</sup> Dworkin insiste na responsabilidade política dos juízes em obedecer a integridade do direito, apontando os limites que devem existir no ato de aplicação judicial, portanto, as convicções pessoais/morais acerca de qualquer assunto não devem importar, pois o juiz deve decidir por princípios.

É, pois, na hermenêutica que se encontra a chave para blindar a arbitrariedade do judiciário quanto às interpretações eivadas de decisionismo – e não há espaço para argumentos contrários de que seria, por exemplo, necessária uma adequação da interpretação hermenêutica conforme a sociedade em que se vive – hermenêutica é universal,

---

<sup>187</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica... Op. Cit., p. 240.

<sup>188</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica... Op. Cit., p. 241.

<sup>189</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica... Op. Cit., p. 242.

<sup>190</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 420.

<sup>191</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica... Op. Cit., p. 243.

“hermenêutica é filosofia: conseqüentemente, não há modos diferentes de interpretar, por exemplo, o direito penal, o direito civil, o direito constitucional, o cotidiano, a mídia, etc. Esse é o caráter de universalização da hermenêutica e não de regionalização.<sup>192</sup>” É necessário perceber a importância da linguagem (pré-compreensão<sup>193</sup>) – distinguir o sentido de compreender (nível hermenêutico-estruturante) e entender (nível lógico-argumentativo)<sup>194</sup>. A esse respeito, afirma Streck:

Sejamos claros: no campo da interpretação do direito no Brasil, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem. E não há como esconder essa evidência: inseridos nessas crises, os juristas (ainda) operam com as conformações da hermenêutica clássica, vista como pura técnica (ou técnica pura) de interpretação (*Auslegung*), na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto (o direito) a ser conhecido. (STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: O caso das súmulas. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXXII, 2006, pp. 215.)

A resposta hermenêutica se mostra “na diferença (ontológica) entre texto e norma, a partir da integridade e da coerência do direito”, entenda-se que “o texto não existe sem a norma; o texto não existe em sua “textitude”; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido do) texto. Sendo esse o salto pela hermenêutica em face das teorias da argumentação, que são procedimentais e buscam construir regras para a interpretação (como é o caso da regra da ponderação para o caso da colisão de princípios). Streck explica que “é o detalhado exame das circunstâncias que conformam o problema jurídico concreto que indicará se a súmula, a lei ou até mesmo o “enunciado” deve – ou não – ser aplicado (não esqueçamos que interpretar é explicitar o compreendido, como bem diz Gadamer).<sup>195</sup>” Dito em outras palavras, a maioria dos juristas deste tempo acreditam ser a interpretação o mais importante, “buscando ‘amarrar’ o resultado da interpretação a partir de uma metodologia metafísica, de nítido perfil epistemológico-procedimental.” Mas é preciso ter a convicção de que “A

---

<sup>192</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica... Op. Cit., p. 244-245. Streck critica o posicionamento de Daniel Sarmiento, considerado por ele um equívoco, que discorda da “pré-compreensão como limite ao decisionismo judicial”, propondo “não o abandono da pré-compreensão na hermenêutica constitucional – o que não seria possível, em vista da natureza incontornavelmente ‘situada’ de cada intérprete, nem tampouco desejável, já que a interpretação da Constituição não pode se deslocar completamente da cultura da sociedade em que ela vige – mas a necessidade de submetê-la a uma filtragem, a partir do exercício de uma racionalidade crítica, que tome como premissa a ideia de que todas as pessoas devem ser tratadas como livres e iguais.” (SARMENTO, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 311 e ss.).

<sup>193</sup> “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. [...] Em todo o princípio de interpretação, ela apresenta-se como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “oferece”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.” HEIDEGGER, Martin. *Ser e o tempo*. Op. Cit., 2005.

<sup>194</sup> STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica... Op. Cit., p. 245.

<sup>195</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante... Op. Cit., pp. 218-219.

*Constituição não é objetificável*; tampouco é uma terceira coisa que se interpõe entre Estado e a Sociedade, até porque Estado e Sociedade constituem uma unidade. Há, sim, uma diferença entre o império da lei (positivismo) e o império da Constituição.<sup>196</sup>”

Assim, incansavelmente, Streck defende que o problema hermenêutico é filosófico e não um problema procedimental, pois, retomando a dualidade texto/norma, não se percebe o texto para, depois, acoplar-lhe à norma (o sentido). “Ou seja, como o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está, e não nos aparece desnudo à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico.<sup>197</sup>” Diante disso, a pré-compreensão antecipadora de sentido é algo existencial e fenomenológico, ao contrário de qualquer *regra epistemológica* ou método que fundamente esse sentido, pois “qualquer sentido atribuído arbitrariamente será produto de um processo decorrente de um vetor (*standard*) de racionalidade de segundo nível, meramente argumentativo/procedimental.” E, como bem defende Streck: “Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um ‘simples resultado’ manipulável pelo intérprete”. Ou seja, “corremos o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade (exceso de liberdade na atribuição dos sentidos), acreditando, ademais, que o direito é (apenas) um conjunto de normas (regras).<sup>198</sup>”

---

<sup>196</sup> STRECK. Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante... Op. Cit., p. 216.

<sup>197</sup> STRECK. Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante... Op. Cit., p. 218.

<sup>198</sup> STRECK. Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante... Op. Cit., pp. 218-219.

## CAPÍTULO IV

### BRASIL: UM PAÍS ATIVISTA?

#### **1. Traçados da Prática Ativista no Brasil e os fatores contribuintes para o Criacionismo**

Embora o Poder Judiciário tenha se lançado, inicialmente, num ideário de mero pronunciante da norma preestabelecida pelo legislador, foi diante das novas exigências sociais e principalmente no pós Segunda Guerra Mundial, que se observou, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária (inerente aos poderes Legislativo e Executivo), passando de mero pronunciante de lei, ao grande interventor do processo democrático com a incumbência de garantidor dos direitos fundamentais.

Isto posto, após a conceituação da origem e desenvolvimento do ativismo judicial, bem como de suas causas e necessidade de imposição limitativa, é necessário, contudo, adquirir contexto prático e específico, com o fim de situar a problemática ativista dentro de uma sociedade específica, para só assim adquirir um critério de valor que permita caracterizar a postura de um juiz ou tribunal Constitucional como proativa ou não.

No Canadá, por exemplo, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade dos Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Já nos Estados Unidos, nas eleições presidenciais de 2000, a Suprema Corte decidiu sobre o caso *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a construção de um muro na fronteira com o território palestino, decidindo acerca da compatibilidade da Constituição com os atos internacionais. Na Turquia, a Corte Constitucional tem cuidado da manutenção do Estado laico, com o fim de evitar o avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, as Cortes vêm decidindo sobre planos econômicos de largo alcance. Já na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*<sup>199</sup>.

Esses casos refletem a confusão ente política e justiça, limites estes cada vez mais difíceis de serem estabelecidos (como abordado anteriormente nesta dissertação). Mas este

---

<sup>199</sup> Cf. HIRSCHL, Ran. *The Judicialization...* Op. Cit., pp. 7-20.

capítulo se propõe a limitar-se ao peculiar caso brasileiro, especificamente no que concerne à aplicação da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>200</sup>, órgão máximo da organização judiciária brasileira que, nas últimas décadas, tem adotado uma postura de destaque não apenas no cenário judicial, mas também no âmbito da política nacional, sendo chamado a discutir as principais questões políticas e morais da atualidade brasileira<sup>201</sup>.

Eis o fenômeno da judicialização da política que se mostra cada vez mais intenso, e o ponto chave é que a sociedade, em sua maioria, tem aplaudido o trabalho da corte. Já não se trata de questionar a legitimidade do Judiciário Brasileiro ante sua legislatividade, pois se a questão da legitimidade for o “apoio social”, a prática proativa prolongada, de certa forma, já se “legitimou” no País. Para o próprio “bem da nação” o Judiciário tem sido o herói salvador da “Pátria amada”, é ele quem tem dado as respostas para as novas demandas sociais ainda não alcançadas pela legislação. Se o direito à igualdade, à não discriminação e à dignidade humana são motivos suficientes para incorporar ao ordenamento a possibilidade, por exemplo, de união estável e casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi o judiciário quem concluiu essa reflexão e não só estabeleceu efeito *inter partes*, mas o estendeu para toda a sociedade. Bem ou mal? Essa não é a questão em pauta. A pergunta que não quer calar é: que tipo de legitimidade é essa que não é eletiva, que não é *democrática*?

Barroso explica que o *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra majoritária, não é tão diferente do encontrado no Poder Legislativo, afinal governo do povo não é governo do eleitorado, ou seja, como também abordado no início deste trabalho, a crise do Poder Legislativo refere-se à uma profunda ausência de cidadãos *políticos* a fim de representar o povo e o bem comum, a composição representativa “*pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder*”

---

<sup>200</sup> Supremo Tribunal Federal (STF) é a mais alta instância do Poder Judiciário do Brasil e acumula competências típicas de Suprema Corte (tribunal de última instância) e Tribunal Constitucional (que julga questões de constitucionalidade independentemente de litígios concretos). Sua função institucional fundamental é de servir como guardião da Constituição Federal de 1988, apreciando casos que envolvam lesão ou ameaça a esta última. (Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.)

<sup>201</sup> Marcos Paulo Veríssimo explica que foi a partir da Constituição de 1988 que o STF ganhou importante papel de competência política: “O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais. (VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4, nº 2, jul./dez. 2008. p. 410.)

*econômico, a manipulação dos meios de comunicação*<sup>202</sup>”.

Em tentativas de encontrar respostas, eis o estudo de Scoffoni<sup>203</sup>, que garante existirem outros tipos de legitimidades associadas à função da jurisdição que ultrapassam a legitimidade democrática, tendo em vista existirem outros valores num Estado de Direito que vão além da democracia: justiça, igualdade, imparcialidade, etc<sup>204</sup>.

Portanto, não se põe em jogo a confusão entre judicialização e ativismo judicial, por mais que esse seja um equívoco plausível, o fato social que está em destaque é que as demandas de questões políticas são trazidas ao tribunal, ou seja, já faz tempo que a judicialização da política ganha espaço, mas é o ativismo do juiz ou do Tribunal que alimentam a dita judicialização. Em palavras mais claras, na medida em que se verifica a inefetividade dos Direitos Fundamentais, tanto as reclamações sociais, quanto a produção legislativa cuidam em judicializar a matéria, tornando o Judiciário legítimo em sua fala. Mas é justo diante da excessividade de judicialização que há um propenso aumento das decisões ativistas. Claro, judicialização da política e ativismo, como bem mostrado nesta dissertação, são distintos, mas é na medida em que ela (a judicialização) ocorre que o grau de diligência no julgamento deve aumentar, e os procedimentos de cautela e zelo com o princípio democrático devem entrar em ação. O ativismo se revela num excesso interpretativo, e isso tem ocorrido no STF.

Entenda-se, seja na ausência de legislação formal ou diante do controle de constitucionalidade, e considerando a impossibilidade no direito brasileiro da não recusa de julgamento sob alegação de inexistência de normas para aquele caso concreto, os tribunais não só “podem” como efetivamente têm atuado na complementação e no desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio, ou seja, têm decidido conflitos promovendo gênese normativa,

---

<sup>202</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n° 9, març./abr./maio, 2007, p. 39.

<sup>203</sup> O autor cita três outros tipos de legitimidade: (i) Condições de *legitimidade institucional*: dizem respeito a aspectos mais formais, como a composição pluralista da jurisdição, a sua independência e ainda a ausência de última palavra do juiz, isto é, a possibilidade para o poder maioritário de contornar a decisão da justiça através de uma revisão constitucional. (ii) Condições de *legitimidade funcional*: dizem respeito à função do juiz constitucional, a ele tendo sido confiada a tarefa de interpretar e de garantir a constituição. No âmbito desta sua tarefa, ele tornou-se o principal defensor e, por vezes, o promotor dos direitos fundamentais, o protetor das minorias, sejam elas políticas, religiosas ou raciais, e o “formatador” da democracia que não mais se reduz à consagração da regra maioritária. (iii) Uma condição de *legitimidade social* (praticamente desconhecida e pouco estudada no continente europeu): diz respeito à obrigação que impende sobre o juiz constitucional no sentido de procurar, de forma permanente, as soluções mais aceitáveis para o grupo social mais amplo. (SCOFFONI, Guy. “*Les enseignements*”, apud URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça...* Op. Cit., p. 98.)

<sup>204</sup> URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça...* Op. Cit., p. 98.

seja alterando, subtraindo ou extrapolando o sentido de uma norma (ou de um direito), norma essa editada por um sistema democrático legítimo: o processo legislativo. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos (2013, p. 141):

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que deveriam ser sopesados por outro poder, etc.), está o órgão jurisdicional deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetuando autêntica mutação constitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado, etc.).

Há muito já previa o jurista brasileiro Rui Barbosa<sup>205</sup> por uma maior participação do poder judiciário, visto que julgava ter apenas a justiça o poder de frear os excessos dos poderes Legislativo e Executivo. Foi, inclusive, o referido jurista quem introduziu a *political question doctrine* no Brasil, posto que cuidou, em seus estudos, de transpor o pensamento de Marshall sem maiores deturpações, já que, por algum tempo, os fundamentos de abstenção da jurisdição para não tratar de questões politicamente delicadas levaram o STF e a Suprema Corte americana “a maximizar a amplitude da cláusula de exclusão, fazendo coincidir o conceito de questão política com o de matéria política [...] a sua incompetência para decidir se orientaria por um critério material (*ratione materiae*), e não por um critério funcional (*ratione muneris*)<sup>206</sup>”. Como exemplo, tem-se a Constituição brasileira de 1934, que, em seu art. 68, previa: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. Semelhante redação manteve-se no art. 94, da Constituição do Brasil de 1937, o que não foi observado nos textos constitucionais posteriores. A fórmula original é simples: questões jurídicas são consideradas justiciáveis, enquanto as questões políticas são não justiciáveis. Portanto, se a questão for fundamentalmente política, pode o tribunal recusar-se a ouvir o

<sup>205</sup> Manifesta-se, Rui Barbosa: “O poder político é de sua natureza, absorvente e invasivo, mas invasivo e absorvente ainda nas Câmaras Legislativas do que no governo. As nossas tradições haviam nos educado no dogma da supremacia parlamentar. Esta, a norma inglesa, estabelecida com a revolução de 1688, a norma francesa decorrente da revolução de 1789, a norma européia generalizada com a propagação do governo constitucional desde 1830, nas monarquias limitadas, a norma brasileira, introduzida com a nossa Constituição de 1823 e praticada em 66 anos de regime imperial. Substituí-la pelo regime presidencial, sem buscar na criação de uma justiça como a americana, posta guarda a Constituição contra as usurpações do presidente e as invasões das maiorias legislativas, contra a onipotência de governos e congressos igualmente irresponsáveis, era entregar o país ao domínio das facções e dos caudilhos. Eis por que a Constituição dos Estados Unidos a dotou de garantias ainda mais numerosas e cabais, para arrostar as facções acasteladas no Executivo e no Congresso Nacional.” (BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira (discurso proferido no Instituto dos Advogados do Brasil em 19 dez. de 1914). In: *Obras Seletas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1960.)

<sup>206</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit., p. 145.



caso, alegando ausência de jurisdição e passando a pergunta para um outro Poder do Estado.

Mas a justificativa das questões políticas, como sabido, acompanham o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade na Corte norte-americana, quando, no caso *Marbury versus Madison*, o magistrado John Marshall fez uma distinção entre os poderes discricionários conferidos ao Poder Público, os quais não admitem controle jurisdicional por tratar-se de questões exclusivamente políticas, bem como a atuação vinculada dessas autoridades, que não podem dispor de direitos individuais oponíveis ao Poder Público. Ou seja, deve haver uma estreita relação entre a discricionariedade (legislativa, administrativa, de chefia de Estado etc.) com o respeito aos direitos e liberdades individuais, pois a competência do judiciário para tratar dessas questões que são políticas ocorre na medida em que “uma vez rompido o círculo no qual se movimenta livremente o órgão ou a autoridade em favor de quem se reconhece a discricionariedade e, desde que presente a lesão a direito subjetivo, a justificar a intervenção do Poder Judiciário, poderá este reparar a lesão causada sem qualquer empeco.”<sup>207</sup>

Assim, o caráter impreciso de limitação das *political questions* remete à conclusão de que tanto não há atos completamente discricionários, quanto não existem matérias absolutamente políticas, pois que não devem ser excluídas de apreciação judicial, e, sempre que o controle de constitucionalidade entra em ação, o elemento político é exercido, pois entrou para o campo jurídico. É o que preconiza Pontes Miranda:

Onde quer que haja poder discricionário há atividade política; nem por isso, saltando o órgão agente as lindas da sua competência, se veda ao Poder Judiciário o conhecimento da questão eminentemente jurídica, como lhe caberia conhecer de qualquer questão de devolução de competência. O que é difícil [...] é que a questão política não possa, em certas circunstâncias, fundamentar pleito legal, apresentar aspecto, lado, caráter ou dimensão política; de modo que o princípio de não cognição do caso político deve ser entendido como se estivesse escrito: ‘É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões que não tenham sido postas sob a forma de ação em juízo, ou por não serem suscetíveis de se proporem como tais, ou porque não as enunciou como tais o autor, ou, na reconvenção, o réu’. Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo, ou do Poder Judiciário, ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica. (MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*, 3 ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 205-206).

Nesse contexto, é claro que o texto eminentemente político da Carta Constitucional de 88 não permite que o Poder Judiciário se abstenha sobre os assuntos políticos do País, ou seja, o caráter político do Supremo Tribunal Federal é inquestionável. Foi, inclusive, essa Carta

<sup>207</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit., pp. 143-150.

Constitucional quem promoveu a modificação do papel do STF no país. A Constituição manteve o modelo de controle misto de constitucionalidade (difuso e concentrado), atribuindo ao juiz a prerrogativa de analisar a legalidade dos atos executivos e legislativos, assim como trouxe uma Carta prolixa com direitos político-sociais, incumbindo o Judiciário na promoção da garantia e ampliando os mecanismos de acesso ao pleito.

Voltando um pouco ao tempo, observa-se que, ao entrar em vigor a nova ordem constitucional de 1988, o Tribunal era composto por juízes moderados e autocontidos. Ora, o País havia acabado de sair de uma sequência ditatorial Militar. Portanto, os juízes daquele tribunal foram criados na cultura de passividade judicial, além dessa autorrestrição institucional da Corte ter sido imprescindível na afirmação dos valores democráticos, haja vista não se estar saindo de um governo de elite militar para um governo intelectual de juízes. Mas, como tudo o que nos acomete durante a vida, a questão se deu com o fator tempo.

Nos dias de hoje, o ativismo judicial do Supremo Tribunal brasileiro é um fato. A partir da segunda metade da década de noventa, a Corte passa a ser contemplada com juízes vanguardistas, dispostos a atribuir uma *new face* às posturas até então conservadoras. Ministros como Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello, além do superativista Gilmar Mendes, dentre outros, ditam justificativas emblemáticas para sustentar a proatividade do STF. Junto aos novos atores da Corte, também os novos fatores normativos-políticos passam a compor a Carta constitucional, principalmente após a reforma do judiciário com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Em discurso, durante a posse do ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo, em 2008, seguinte foi a fala do ministro Celso de Mello, a iniciar-se pela seguinte frase: “**Nem se censure eventual ativismo judicial** exercido por esta Suprema Corte [...]”, continua:

[...] **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, **de que resulta** uma positiva criação jurisprudencial do direito, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.” **Isso significa reconhecer** que a prática da jurisdição, **quando provocada** por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, **não pode ser considerada – ao contrário** do que muitos **erroneamente** supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte **na esfera orgânica** dos demais Poderes da República. **Na realidade**, o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais **e ao adotar** medidas que objetivem restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão constitucional **e demonstrar**, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. **Práticas de ativismo judicial**, Senhor Presidente, **embora** moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, **tornam-se uma necessidade institucional**, quando os órgãos do

Poder Público se omitem **ou** retardam, excessivamente, **o cumprimento** de obrigações a que estão sujeitos **por expressa determinação** do próprio estatuto constitucional, **ainda mais se se tiver presente** que o Poder Judiciário, **tratando-se** de comportamentos estatais **ofensivos** à Constituição, **não pode reduzir-se** a uma posição de pura passividade. (MELLO, Celso. *Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal. Presidente: Min. Gilmar F. Mendes. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. Brasília: 2008, p. 25, grifo do autor.*)

Numa tentativa de traçar a atual postura ativista da Corte, traz-se a comparação entre os dois extremos já vistos no STF<sup>208</sup>: os Ministros Moreira Alves, exemplo de juiz autocontido, e Gilmar Mendes, conhecido por suas posturas ativistas. Ambos grandes nomes e importantes contribuintes para o Controle de Constitucionalidade brasileiro, cada um a seu modo e com apego a diferentes e opostas concepções. Moreira Alves atuou cerca de vinte e oito anos na Corte Suprema, tendo mantido uma instituição de postura contida sem a interferência nas questões políticas das instituições de representação popular. Diferente, ao extremo, é o Ministro Gilmar Mendes, que ingressou na Corte em 2002, com destaque em sua postura de expansão da interferência da Corte no cenário institucional brasileiro.

A exemplo, Moreira Alves sempre defendeu a restrição do controle concentrado de constitucionalidade, haja vista o amplo controle difuso que o Brasil importou do modelo norte-americano. Por esse motivo, criticava a ampliação dada pela Constituição de 1988 quanto aos legitimados do art. 103<sup>209</sup>, em contraponto ao Ministro G. Mendes, grande defensor da ampliação da competência originária do STF, e crítico do “catálogo reducionista” dos legitimados pelo art. 103 da CF/88<sup>210</sup>, prova de que Mendes, ao revés de Alves, é partidário de uma corte ativista, com ampla legitimação para promover debates de política pública, sobretudo nas ações de competência originária da Corte e os efeitos gerais de suas decisões<sup>211</sup>. Além desta, diversas outras divergências podem ser observadas nas posturas dos dois ministros.

Moreira Alves seguiu a cartilha kelsiana do juiz constitucional como legislador

<sup>208</sup> Sobre uma minuciosa comparação entre as duas figuras antagônicas vistas no STF, Cf.: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: NOVELINO, Marcelo e outros (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. 2ª tiragem. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013, pp. 541-595.

<sup>209</sup> Nesse sentido os votos: STF – Pleno, ADI 334-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 31.03.1995; STF – Pleno, ADI 505/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02.08.1991; STF – Pleno, ADI-QO 433/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.03.1992.

<sup>210</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>211</sup> Nesse sentido, manifesta-se Tom Ginsburg: “ampliar a legitimação para promover litígios de interesse público ajuda a assegurar que a Corte permanecerá como importante local de deliberação de muitas questões importantes de política social.” (GINSBURG, Tom. *Judicial Review in Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, 2003, p. 98.)

negativo. Enquanto Gilmar Mendes assegura que, em determinadas questões, a Corte deve pronunciar-se positivamente (como legisladora positiva, criadora de direitos, inovadora do ordenamento jurídico). Leia-se o voto do Ministro no julgamento da ADI 3510 sobre a pesquisa com células-tronco embrionária: “O Supremo Tribunal Federal demonstra, com esse julgamento, que pode, sim, ser uma casa do povo, tal qual o parlamento. [...] Um espaço aberto à reflexão a argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.”<sup>212</sup>,

Ao tratarem sobre a *interpretação conforme a constituição* situada no âmbito do controle de constitucionalidade, Moreira Alves levantou a bandeira de que, ao decidir sobre a (in) constitucionalidade de uma lei, o STF deveria tomar como limite duas práticas: o sentido da lei literal e o objetivo perseguido pelo legislador. Portanto, o Supremo não teria baliza normativa para ultrapassar a instituição elaborada pelo Poder Legislativo. No que se refere à Mendes, este se pôs favorável à postura positiva do juiz legislante, quando defendeu, no julgamento da ADI 3459/DF, a possibilidade de declaração parcial de inconstitucionalidade, “remando” contra a proposta feita pelo Min. Marco Aurélio, relator do processo, em não conhecer a ADI (acompanhando a linha de raciocínio construída por Moreira Alves), em razão da declaração parcial de inconstitucionalidade pedida consubstanciar norma contrária ao que fora pretendido pelo legislador. Mendes, em oposição, declara:

[...] o problema da inconstitucionalidade parcial, quando o Tribunal fixar uma orientação, seja na parcial, quantitativa, seja na qualitativa – a declaração parcial sem redução de texto –, sempre suscitará a questão de saber se o que foi eliminado não envolve, de fato, alteração da vontade do legislador. (STF – Pleno, ADI 3459/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.04.2006, p. 209.)

E continua nas seguintes argumentações: “a rigor, quando se elimina uma expressão de um texto, estamos a fazer um novo<sup>213</sup>”, asseverando que não há distinção entre o que faz um legislador negativo e o positivo: “porque legislador negativo também é legislador positivo; quando se elimina uma alternativa normativa, a rigor se consagra uma outra fórmula.”<sup>214</sup> Na altura daquela discussão, quase todo o Pleno do Tribunal foi de encontro com o apregoado por Mendes.

Não faz muito tempo que o também ministro Luiz Fux, na posse de Joaquim Barbosa como presidente do Supremo, em 2012, discursou em defesa da autonomia e independência

---

<sup>212</sup> BRASIL. STF. ADI 3510. Rel.: Min. Carlos Ayres Britto. Voto: Min. Gilmar Mendes. 2008, p. 3.

<sup>213</sup> STF – Pleno, ADI 3459/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.04.2006, p. 210.

<sup>214</sup> STF – Pleno, ADI 3459/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.04.2006, p. 211.

do Poder Judiciário, bem como da postura protagonista que o STF vem assumindo no cenário político social – “a efetivação de direitos fundamentais pelo Judiciário, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, não representa ingerência deste Poder estatal nos demais.” – e afirmou que “a incisividade atual do Poder Judiciário na vida social é aclamada por diversos autores da doutrina nacional estrangeira”. O Ministro desferiu uma verdadeira censura àqueles “certos nichos acadêmicos” que criticam a postura do Judiciário, ao asseverar que “aqueles que criticam o Judiciário por ingressar no campo das decisões políticas acabam por incorrer em certo vazio discursivo, uma vez que não apresentam, de maneira clara e objetiva, quais são as linhas demarcatórias desse limite a ser respeitado pelo Direito com relação à Política.” Esses, repita-se, “certos nichos acadêmicos” referidos por Fux, de fato, estudam o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial, não para propor o cerceamento do Poder Judiciário como grande colaborador da sociedade, mas para buscar a legitimação e democratização da atual postura adotada pelo Poder judicial ao buscar a efetivação e aplicação das normas Constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais<sup>215</sup>.

Em defesa, o Ministro pronunciou que o Supremo deve se opor à “qualquer força oposta a seus julgados” e ao “desvario e insensatez antirrepublicanos”. “Nós, juízes, não tememos nada nem a ninguém. Juízes devem se sentir desvinculados de subordinação hierárquica.” Eis apenas, mais uma demonstração, da composição intelectual que compõe a Corte Brasileira.

Para finalizar este ponto, não porque se exaustaram as argumentações comprovativas dos juízes ativistas que compõem a atual Corte brasileira, mas porque necessitaria de longas páginas a discorrer sobre os vários exemplos da postura ativista da atual composição do STF. Chama-se atenção para a surpreendente postura do mais recente Min. Luís Roberto Barroso, àquele cujas citações foram inúmeras no decorrer deste trabalho, haja vista seus longos e bem elaborados estudos sobre o fenômeno do Ativismo Judicial. Pois bem, no julgamento da AP 470 (mensalão)<sup>216</sup>, ao manifestar-se acerca da existência do crime de quadrilha, por diversas

---

<sup>215</sup> Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Diário de Classe: Judicialização não é sinônimo de Ativismo Judicial. In: *Revista Jurídica Conjur*, 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

<sup>216</sup> Mensalão é o nome atribuído ao escândalo de corrupção política, entre os anos de 2005/06, mediante compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional brasileiro. O caso teve como protagonistas alguns integrantes do governo do então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, membros do Partido dos Trabalhadores e de outros partidos, sendo objeto da Ação Penal de nº 470, movida pelo Ministério Público no STF. O julgamento da AP 470 foi o mais longo da história do STF. Foram necessárias 53 sessões plenárias para julgar o processo contra 38 réus. Quando começou a ser julgada, a ação contava com 234 volumes e 495 apensos, que perfaziam um total de 50.199 páginas. Dos 38 réus, 25 foram condenados e 12 foram absolvidos. (Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2014.)

vezes usou da argumentação de que assim julgava porque era o seu “sentimento”. Como ressalta Streck, o verbete utilizado pelo Min. pode ter passado despercebido para a maioria das pessoas, mas não para um hermenêuta. E faz a crítica: “A pergunta é: a Justiça pode depender do sentimento pessoal do julgador? [...] a Justiça (ou seja lá o nome que se dê a uma decisão conforme o Direito) pode depender de uma delegação à consciência (subjetividade) do (s) julgador (es)? Não. Definitivamente, não!<sup>217</sup>” Então, mais uma vez o que tenta-se demonstrar é que não importa se errônea ou acertada a decisão (boa ou mal), a atenção deve ser voltada para a forma como se chegou ao decisionismo. Streck atenta para o comportamento ativista-decisionista e traz alguns exemplos do perigo representado por uma decisão baseada no “*sentire*” do Juiz:

“Depender do ‘sentir individual’ é dar um passo para trás, filosoficamente falando. Trata-se de um *behaviorismo* interpretativo. Decidir conforme o sentir pessoal é ignorar os paradigmas filosóficos e os filósofos responsáveis pelos câmbios e giros paradigmáticos, como Wittgenstein, Heidegger, Gadamer, Habermas, Müller, Dworkin, Luhmann [...]”. Para entender melhor os riscos que se corre ao se julgar com base no *sentire*, os juízes alemães alinhados ao nazismo também decidiram pelo sentir [...] Por exemplo, no julgamento de Hitler pela participação do Putsch de Munique, em 1923, embora: a) a sentença mínima fosse de cinco anos e a máxima fosse ilimitada; b) Hitler estivesse em liberdade condicional – o que impedia a suspensão condicional da pena; c) e fosse estrangeiro (de nacionalidade austríaca – o que ensejaria deportação), foi sentenciado a uma pena de somente seis meses de prisão [...] A corte recusou a deportação sob a alegação de que “no caso de um homem como Hitler, de ideias e sentimentos tão alemães, a opinião desta corte é que os desígnios e propósitos de lei não se aplicam”. [...] No império, os juízes também decidiam conforme o seu sentir. Como a maioria era escravocrata, não aplicavam nem mesmo a (parca) legalidade, como por exemplo, a lei que proibia o tráfico de escravos de 7 de novembro de 1831 [...] isso representa o autoritarismo da sociedade brasileira, isto é, até mesmo uma decisão judicial é fruto de um pensar individual, com o que a sociedade sempre estará dependente de uma coisa chamada ‘solipsismo’.” (STRECK, Lenio Luiz. Sempre ainda... Idem. 2014.)

Maria Benedira Urbano, ao estudar o fenômeno ativista brasileiro, admite não estar convencida da “bondade” encontrada nas “justificativas avançadas para legitimar a actividade de verdadeira e autêntica produção jurídica” dos juízes, considera todas as justificativas (proteção aos direitos fundamentais, combate à inércia do legislador, desenvolvimento da Constituição material) “insuficientes em face, por um lado, de uma compreensão do princípio da separação dos poderes ainda vincadamente orgânico-funcional e, por outro lado, de uma noção marcadamente européia e kelsiana do juiz constitucional, Guardião da Constituição, como um legislador negativo.” Aponta que “o princípio da interpretação conforme com a constituição já justifica a criação de direito pelos juízes no caso das denominadas sentenças

<sup>217</sup> STRECK, Lenio Luiz. Sempre ainda a dura face do ativismo em terrae brasilis. In: *Revista Jurídica Conjur*, 06 mar. de 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/senso-incomum-sempre-ainda-dura-face-ativismo-terrae-brasilis>>. Acesso em: 10 set. 2014.

interpretativas de rejeição”, e chega a sugerir, em tom argumentativo, se o mesmo princípio não seria suscetível de ser invocado para justificar a criação de direito pelos juízes no caso das sentenças manipulativas. Para M. B. Urbano, o argumento de sustentação dos juízes brasileiros de que a atuação criativa decorre do próprio texto da constituição – “o mesmo é dizer, que se trata afinal de uma criação de normas conforme a constituição.”<sup>218</sup>”

É de se notar que a teoria do legislador negativo que cria o direito ao anular uma lei (Kelsen) já é ponto consensual entre os constitucionalistas, no entanto, é ação frequente entre os tribunais constitucionais (e também entre os tribunais supremos, com ênfase para os que possuem competência de jurisdição constitucional) não só a expulsão de uma norma contrária ao ordenamento jurídico, mas a atuação de seus membros como legisladores positivos, que, através de suas sentenças (interpretativas, manipulativas ‘aditivas ou substitutivas’, exortativas ou apelativas, “e de toda essa panóplia de decisões judiciais em que se verifica, de forma activa, em maior ou menor escala, a criação de normas pelos juízes<sup>219</sup>”) introduzem no ordenamento uma nova ordem. O que sucede é que, muitas vezes, a sentença que declara a inconstitucionalidade e expulsa uma norma do ordenamento jurídico pode gerar efeitos mais nocivos dos que esta norma produziria<sup>220</sup>. E mais, “há que não olvidar que a interpretação conforme com a constituição não há-de ser interpretação *contra legem*. [...] os esforços do aplicador-intérprete não devem nunca fazer perigar a certeza do direito e a segurança jurídica dos cidadãos.”<sup>221</sup>”

### **1.1 Atividade normativa atípica: Mandado de Injunção e Súmula Vinculante**

O exercício de atividade normativa atípica por parte do STF, através de dois peculiares instrumentos específicos da realidade brasileira, Mandado de Injunção e Súmula Vinculante, refletem outro grande fator impulsionante do ativismo judicial. Ressalte-se não tratar-se do exercício de atividade legislativa atípica do Judiciário, como o previsto pelo art. 96 da CF/88 que refere-se à elaboração da organização e de normas internas do Poder Judiciário. Estes instrumentos fazem parte das garantias institucionais de independência do órgão judiciário brasileiro e tratam-se do exercício “de competências normativas que, se não confrontam com

<sup>218</sup> Cf. URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme com a Constituição e Activismo Judicial: Associação Lógica ou Activismo Interpretativo? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, nº VII, 2009, pp. 411-412.

<sup>219</sup> Cf. URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme... Idem, p. 415.

<sup>220</sup> Nesse sentido, Cf. URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme... Idem, p. 415.

<sup>221</sup> Cf. URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme... Idem, p. 417.

o princípio de separação do Poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento, ao contrário, provocam uma certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial.<sup>222</sup>”

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro conta, desde o advento da Constituição cidadã de 1988, com o remédio constitucional intitulado *mandado de injunção*<sup>223</sup>, consubstanciado no inciso LXXI do art. 5º da CF/88<sup>224</sup>, o qual se trata de um instrumento processual constitucional que tem o fim de proporcionar o exercício de prerrogativas, direitos e liberdade de cunho constitucional, que se mostrem inviabilizados por ausência normativa.

O outro instrumento trata-se da Súmula Vinculante, prevista no artigo 103-A da CF/88, acrescentado ao texto pela EC nº 45/2004, que representa o entendimento pacífico do STF sobre determinada matéria constitucional que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O objetivo é garantir a segurança jurídica e evitar a multiplicação de processos sobre questão idêntica. Assim, no caso de descumprimento de uma súmula vinculante por órgãos da administração pública, a Lei nº 11.417/2006 impõe-lhes a responsabilidade, tanto na esfera cível, quanto penal e administrativa. Já no caso do descumprimento pelos membros do Judiciário, não há previsão de responsabilidade, haja vista a impossibilidade de uma norma punir o juiz por exercer algo inerente a sua profissão, ou seja, a interpretação das leis.

Quanto ao mandado de injunção, percebe-se que, ao longo dos anos, o STF tem modificado seu posicionamento acerca da não utilização do instrumento para produção normativa. Em outras palavras, o que se vê é uma modificação na postura do manuseio do mandado de injunção, tendo em vista que, em um primeiro momento, adotava uma conduta conservadora, a qual restringia o conteúdo do remédio constitucional apenas para declarar a

---

<sup>222</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit., p. 294.

<sup>223</sup> José Afonso da Silva conceitua o instituto (1989, p.17): “meio de invocar a atividade jurisdicional para buscar a aplicação concreta da norma constitucional atribuidora de direitos à falta de regulamentação que lhe dê eficácia e aplicabilidade genérica”. O autor prossegue explicando: “o mandado de injunção surgiu na Inglaterra no fim do séc. XIV com base no princípio da equidade. (...) Lá o juízo de equidade realiza a integração da *Common Law* pela *injuction*; aqui, abre-se agora o caminho para o Poder Judiciário realizar, mediante valorações concretas, a integração constitucional, instrumentando a regra constitucional, mediante ordens de execução do direito que ela estabeleceu e criou em favor do impetrante, quando a omissão do legislador tornar inviável sua aplicabilidade genérica. SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 10-20.

<sup>224</sup> Art. 5º, LXXI, CF/88 – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.



omissão normativa existente, postura fixada através do MI n. 107-3/DF, que inclusive o equiparava à ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>225</sup>. Em momento posterior, passou a proferir julgamentos que produziam efeitos concretos ao mandado de injunção, entretanto, tratava-se de uma decisão *inter partes*, ou seja, o efeito só atingiria o autor da ação impetrada<sup>226</sup>. Mas, principalmente a partir de 2007, com a justificativa da inércia legislativa e morosidade, o STF passa a reconhecer os efeitos da decisão do mandado de injunção para todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos<sup>227</sup>.

Várias são as teorias criadas para justificar os efeitos das decisões nos mandados de injunção, mas ultimamente o Supremo vem adotando ora a teoria concretista geral, ora a teoria concretista individual, ou seja, pode ser declarado o efeito *inter partes* ou *erga omnes*. Ainda, o entendimento concretista individual se subdivide em intermediário e direto. Assim, conforme a primeira espécie, após o julgamento é fixado um prazo (120 dias) para que o

---

<sup>225</sup> O precedente que melhor representa o entendimento adotado nesse primeiro momento é da lavra do Min. Moreira Alves no MI n° 107. Ementa: Mandado de Injunção. Questão de ordem sobre a sua auto-aplicabilidade ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos aos mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais visa a obter do Poder Judiciário **a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por porte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote providências necessárias**, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão fixada. Mandado de Injunção n° 107, Supremo Tribunal Federal, Min. Relator Moreira Alves (*grifo nosso*).

<sup>226</sup> É o que se observa com as decisões dos MI's n° 232, 283 e 284. A exemplo o de n° 232, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 01.08.1991, pub. em 27.03.1992. Ementa: Mandado de injunção. – Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. – Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, **no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par.7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.** (*grifo nosso*).

<sup>227</sup> Em meados de 2006 e, com maior vigor no ano de 2007, o STF passou a rever sua posição quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção. É o que se observa no voto do min. relator Marco Aurélio, nos autos do MI n° 721 de 27.09.2006, em que o Supremo decide pela concessão de aposentadoria especial a servidores que trabalham sob insalubridade. Destacam-se os trechos seguintes: **“É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.** Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos Tribunais do Trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que consoante prevê o § 2º do artigo 114 da constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho [...].”

Legislativo exerça sua função normativa, e, mantendo-se na inércia, o Judiciário passa a ser legítimo para determinar/criar a norma. Já a teoria concretista individual direta prega que o Poder Judiciário, ao julgar procedente o mandado de injunção, já está a implementar a eficácia normativa, mas beneficiando apenas o impetrante.

A respeito da nova abordagem do STF em relação aos efeitos do mandado de injunção, são as palavras do Ministro Celso de Mello: “[...] *Não se pode tolerar sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional [...]*”<sup>228</sup>. Esse novo posicionamento, nos dizeres de Elival da S. Ramos, “evoluiu a Corte para abraçar a posição mais ousada em matéria de suprimento normativo pela via injuncional, assumindo que lhe cabe proceder, subsidiária e provisoriamente, à regulamentação de modo do exercício do direito com eficácia *erga omnes*.”

O Ministro Eros Grau admitiu claramente que o novo comportamento da Corte resulta numa produção normativa, no entanto, cuidou para justificar que não se trata de uma norma de cunho legislativo, mas a equipara à produção normativa elaborada através das súmulas vinculantes. É o que se vê em seu voto no MI n. 712-8 (2007, p. 25-26):

[...] o Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que incorpora o ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado-aplicado.

*Mas e o princípio da separação dos poderes? Não estaria o STF utilizando-se desse instrumento constitucional para legislar?* A esse respeito, destacam-se os trechos da decisão proferida no MI n° 786, publicada em 07.05.2009, pelo Min. Eros Grau:

**O mandado de injunção “destina-se, apenas, à remoção da obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. A remoção desse obstáculo se realiza mediante a formação supletiva da norma regulamentadora faltante [...]”** O argumento de que a Corte estaria então a

<sup>228</sup> Salientou o Min. Celso de Mello ao resumir o tema no julgamento dos (MIs) 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). Os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal. O relator, Min. Gilmar Mendes, votou pelo acolhimento do mandado de injunção para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos por meio da aplicação supletiva da Lei n° 7.783/88, **tendo sido a extensão da decisão de caráter geral, já que garantido, de imediato, o exercício de greve para todo o setor público.** (*grifo nosso*) (Voto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 27 mar. 2013)

legislar — o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] — é insubsistente. 19. Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, § 4º, da Constituição, função normativa, porém não legislativa [...] Ademais, não há que falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. **No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.** (STF, MI n.º 786, Rel. Min. Eros Grau, DJ, 1, de 07.05.2009).

Além do instrumento supracitado, o STF conta com a já referida Súmula Vinculante, legitimada através da EC nº 45/2004, mais conhecida como Emenda da Reforma Judiciária, que deverá versar exclusivamente sobre matéria constitucional, além de estar condicionada a pressupostos *formais* (rol dos legitimados para propor a edição, revisão ou cancelamento da SV, atribuído pela Lei nº11.417/06) e *materiais* (requer a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional e controvérsia entre os órgãos judiciários ou entre eles e a administração pública)<sup>229</sup>. Sua instituição foi pautada em dois objetivos: a garantia de segurança jurídica e a redução de processos distribuídos aos relatores do STF.

Certamente, obteve sucesso quanto aos principais objetivos a que se propôs, mas, junto às soluções trazidas pelo instrumento, vieram também os efeitos reversos: o enrijecimento de interpretação em matéria constitucional e, principalmente, o impulso ao ativismo judicial, haja vista uma aproximação excessiva à atividade legiferante<sup>230</sup>.

Prova das mazelas que as súmulas vinculantes podem gerar é que, por exemplo, na realidade lusitana, há muito o similar instituto dos “assentos” foi considerado inconstitucional

<sup>229</sup> Para deixar mais claro a questão das súmulas no Brasil, há que se observar que os enunciados aprovados, revisados ou cancelados pelo Supremo Tribunal Federal são divididos em três espécies, conforme estabelecido pela EC 45/04. Tratam-se de: *Súmula com eficácia suasória*, importando na persuasão dos órgãos administrativos e judiciários a proferirem decisões em consonância com a jurisprudência predominante, é proposta pelo voto da maioria absoluta dos membros do STF, com fulcro no art. 102, § 1º do Regimento Interno dessa Corte. A *súmula com eficácia vinculante*, que implica na invalidação dos atos administrativos e jurisdicionais prolatados em contrariedade à jurisprudência preponderante, é produzida pelo voto de dois terços dos membros do STF, com fundamentação no art. 103-A da CF/88. Por fim, a *súmula com eficácia obstativa*, que impede a proliferação de recursos procrastinatórios, possibilita ao juiz ou relator negar seguimento a recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, a jurisprudência prevalecente, sumulada ou não, do STF, com fundamento no art. 38, *in fine* da Lei 8.038/90 e arts. 518, § 1º e 557, *caput* do Código de Processo Civil, com redação dada pelas Leis n.ºs. 9.756/98 e 11.276/06. (Cf. MORAES, Guilherme Peña. Súmula vinculante no direito brasileiro. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n.º 17, 2008, p. 6). Ressalte-se, desde o advento do instituto no Brasil, foram editadas cerca de 33 súmulas vinculantes.)

<sup>230</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit., p. 300.

(Acórdão do TC n.º 810/93.)<sup>231</sup>, fruto do insistente trabalho do jusfilósofo Castanheira Neves que defendia “ao ser atribuída aos supremos tribunais, através dos assentos, a função legislativa, o sentido com que a lei deve ser entendida e aplicada veio a estabelecer-se não só uma mediação, como até uma interposição.”<sup>232</sup> Assevera Lenio Streck:

Foi uma luta intensa travada — e ganha — pela doutrina do jusfilósofo António Castanheira Neves, que sempre sustentou a inadequação desse elemento “normativo” no sistema jurídico português. A análise de C. Neves é eminentemente hermenêutica, mostrando o carácter metafísico dos assentos. Dizia, inclusive, que eles representavam — e isso se aplica às nossas súmulas — a repristinção da jurisprudência dos conceitos (*Begriffjurisprudenz*). Cada assento ou cada súmula seria, guardadas as proporções e similitudes e diferenças, uma espécie de pandecta. Isto é, conceitos com pretensões de abarcar de antemão todas as hipóteses futuras de aplicação. (STRECK, Lenio Luiz. SUBSTITUIÇÃO DO LEGISLADOR. Súmula Não Vinculante 500 do STJ é inconstitucional e ilegal. In: *Revista Jurídica Conjur*, 08 nov. de 2013.)

Mauro Cappelletti assume uma posição intermediária ao aduzir que, do ponto de vista substancial, tanto o processo legislativo quanto o judicial resultam numa criatividade do direito, são *law-making processes*. Mas atenta para o fato de não se confundir a atividade criadora judicante com a atividade legislativa, garantindo que a legislação é apenas um modo *essencialmente diverso* de criar direito. Para embasar esse argumento, ressalta que a diferença entre o processo jurisdicional e o de natureza política são as “virtudes passivas” ou “limites processuais”. Cappelletti afirma que “o bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.”<sup>233</sup>

L. Streck garante que o caso brasileiro vai além, toma os pressupostos do *Civil Law* (sistema dedutivo, produção legislativa como principal fonte do direito) e une-os aos da

<sup>231</sup> “Nos termos do art. 2.º do Código Civil, os assentos eram fonte de direito, pois tinham força obrigatória geral, assumindo assim um papel de acto não legislativo de interpretação ou integração de leis, porquanto não era elaborado por um órgão legislativo. Entendeu o TC que, ao se atribuir aos assentos força obrigatória geral, ocorre violação do art. 115.º [hoje, art. 112.º], n.º 5 da Constituição. Assim sendo, nos termos do art. 281.º, n.º 3 da Constituição, o TC declarou a inconstitucionalidade do art. 2.º do Código Civil, por violação do art. 115.º [hoje art. 112.º], n.º 5 da Constituição, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 810/93. Posteriormente, foi publicado o Decreto-lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, que revogou o referido artigo do Código Civil. Todavia, a entrada em vigor deste Decreto-lei foi prorrogada pela Lei 6/96, de 29 de Fevereiro, o que fez com que o Tribunal Constitucional se tenha antecipado à efectiva revogação do art. 2.º do Código Civil pelo Decreto-lei n.º 329-A/95 — consequentemente, foi declarada a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do referido art. 2.º do Código Civil, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 743/96.” Cf. (AZEVEDO, Tiago João Lopes Gonçalves. *A Uniformização de Jurisprudência: Dos Assentos aos Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência*. Portugal, mar. 2009, pp. 9-10. Disponível em: <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/tiagoazevedo\\_uniformizacaojurisprudencia.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/tiagoazevedo_uniformizacaojurisprudencia.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2014.)

<sup>232</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 315.

<sup>233</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 74.

*Common Law* (sistema indutivo, com prevalência da produção jurisprudencial), mas com uma peculiaridade, no sistema anglo-saxônico, um precedente é feito para resolver casos passados, de forma incidental. Na ordem brasileira, ela é feita para resolver, com pretensões de lei, todos os casos futuros. “Trata-se, no fundo, de uma forma de antecipação de tutela hermenêutica. Uma cautelar de sentidos. Uma tentativa de ‘colocar’ para dentro de um enunciado todas as coisas das quais esse enunciado trata em tese.<sup>234</sup>” Continua o autor: “ao editar uma súmula vinculante, oponível *erga omnes*, o Supremo Tribunal Federal assume funções legiferantes, agregando ao produto legislado a prévia interpretação<sup>235</sup>”. Ainda nas palavras de Streck, as súmulas servem para aprisionar “substâncias” e “sequestrar o tempo”, refletindo o retorno à jurisprudência dos conceitos, com o que o jurista cria conceitos gerais (ou conceitos universais como denominado pela metafísica), eliminando a singularidade que guarda cada problema em concreto. Ou seja, “o juiz não pode considerar que é a súmula que resolve um litígio.<sup>236</sup>”

Nessa mesma veia argumentativa, manifestou-se Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao analisar a proposta de emenda para a instauração do efeito vinculante no país, em meados de 1997, quando ainda não era Ministra do Supremo e antes mesmo da aprovação da EC nº45/04 que instaurou o instrumento no país:

Essa previsão do modelo e fundamento do Estado Constitucional Democrático brasileiro estaria sendo, radicalmente, alterada com a introdução da “súmula vinculante”, pela qual se impõe uma norma jurídica judicial ao lado dos demais modelos legislativos havidos e previstos no art. 59 da Lei Magna. É que o exercício da representação popular direta, ou pelo representante eleito e que tem o compromisso político-partidário e social, está sendo restringido. Em efeito. O cidadão não terá como participar, direta ou indiretamente, da elaboração da norma contida na súmula, vendo-se marginal do processo de sua formação e positivação, e sendo-lhe retirado, assim, um dos direitos fundamentais, qual seja, o de poder vir a participar diretamente, até, pela iniciativa popular, do processo de sua elaboração. [...] Ao contrário de todos os princípios e direitos políticos fundamentais postos no sistema constitucional, a instituição da “súmula vinculante” não tem a) a fonte legítima da representação popular; b) o respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do Direito (art. 14); c) a garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (arts. 59 e seguintes) para a criação de norma jurídica. (ROCHA,

<sup>234</sup> STRECK, Lenio Luiz. *SUBSTITUIÇÃO DO LEGISLADOR...* Op. Cit., 2013.

<sup>235</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 13.

<sup>236</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica jurídica...* Op. Cit., p. 222.

Cármem Lúcia Antunes. Sobre a Súmula Vinculante. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 34, nº 133, jan./mar. 1997, p. 57)

Portanto, a inconstitucionalidade do instituto é defendida, haja vista a súmula vinculante não respeita a principiologia da separação dos poderes, pois há afirmativamente uma intervenção na competência legislativa, indo de encontro ao estabelecido logo no parágrafo único do primeiro artigo da Constituição do Brasil “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]”, cumulado com o previsto no dispositivo 14º “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito, referendo e iniciativa popular”, em outras palavras, o povo é o único titular legítimo do poder.

Para além da questão das competências, um precedente não pode ser transformado em algo universal, já que a súmula não passa de um texto jurídico, ou seja, não carrega o seu próprio significado. E como já dito em capítulo anterior, “texto e norma não são nem ‘colados’ (equivalentes) e nem cindidos (separados). São apenas diferentes (*ontologische Differentz*), no sentido de que a *questão de direito* – que surge do julgamento anterior (ou da cadeia de julgamentos) [...] – será sempre uma *questão de fato*”, não restando dúvidas de que, como bem trabalhado por Castanheira Neves, “questão de fato” e “questão de direito” não podem ser separadas como sugeriu a metafísica. Nesse sentido, retomando o ensinado por Gadamer, o processo de compreensão comporta dois mundos: o da experiência, na qual o texto foi escrito, e o mundo, no qual está o intérprete. Ou seja, a compreensão tem o fim de fundir esses dois mundos diante da particularidade de cada caso. É por esse motivo que “fusão de horizontes não é acoplagem de universais a particulares, da generalidade à particularidade. Isto seria subsunção, e a justificação, nos moldes em que se deseja as decisões no Estado Democrático de Direito, não tem lugar nos raciocínios subsuntivos/dedutivos.”<sup>237</sup>

Resumindo: o problema não está necessariamente nos mecanismos vinculatórios do sistema jurídico, há uma raiz fincada no caráter principal desta questão, qual seja, a raiz do positivismo jurídico de matriz hartiana e kelseniana, que são conjuntura para a

---

<sup>237</sup> STRECK. Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica... Op. Cit., pp. 221-223.

discricionarieidade, ensejando na mácula do decisionismo e das arbitrariedades interpretativas, por sua vez, fragilizadoras não só do sistema jurídico, mas da força normativa da Constituição<sup>238</sup>.

## 2. Casos Emblemáticos

Os casos que serão vistos a seguir demonstram o quão delicado é a atribuição de competência das questões político-sociais à Corte Constitucional, as argumentações são pautadas numa concepção ideológica dos próprios Magistrados, que, embora tenham o dever da imparcialidade, se esbarram na difícil (ou impossível) desvinculação de seus conceitos pré-constituídos, pautando suas decisões numa justificativa de cunho moral, filosófico, social, religiosa e político ou seja, algo transcendental ao mundo jurídico, a partir da argumentação de princípios e regramentos indeterminados.

Decisões deste tipo deveriam ser tomadas em cortes constitucionais ou pelo Congresso Nacional? É mesmo uma questão de difícil elucidação. Para uns, defensores liberais e sobretudo da democracia, apenas a consciência das instituições majoritárias poderiam dar essas respostas, outros consideram que a elite intelectual da Corte está apta e melhor preparada para assegurar a melhor fala que repercutirá de forma incisiva numa sociedade, com o argumento de assim se estar garantindo a defesa dos valores da Constituição. É justo nesse aspecto em que se enquadra o Ativismo Judicial, que poderá ser visto na construção dos votos dos Ministros do STF, expostos nos dois casos emblemáticos escolhidos e que a seguir serão analisados.

### 2.1. Caso das células tronco embrionárias (CTE)

O STF foi provocado pelo Procurador-Geral da República, através da ADI 3510, para manifestar-se acerca da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei Federal nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), nos seguintes termos: “*Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células- tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento [...]*”. Com o argumento levantado pelo autor da ação de que referidos 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*

---

<sup>238</sup> Nesse sentido, Cf. STRECK. Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica...Op. Cit. p. 226.

*da pessoa humana*”<sup>239</sup>. Também nesse sentido a opinião do *amici curiae* de que o embrião “é um ser humano, que, por força da lei natural, continuará a crescer, amadurecer, envelhecer e morrer, segundo o ritmo de tempo concedido a cada um.” Exposto o grau de dificuldade do caso posto em pauta, observemos o grau de ativismo judicial nos seguintes votos que passam a ser expostos, pois o que se segue são uma série de argumentações, como já dito, de cunho filosófico, moral, pessoal, e jurídico, a respeito de quando surge a vida e a partir de que momento o ordenamento jurídico pátrio passa a tutelá-la.

Na fala do Ministro relator do processo, Ayres Britto, destacam-se alguns trechos de sua exposição (2008, p. 24-25):

[...] vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte. [...] essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o *nativivo* em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. 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 humana” (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).

O Ministro deixa claro quão aberto se revela o conceito de vida humana e prossegue em seu relatório que a Constituição “quando se reporta a “direitos da pessoa humana” [...] está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. (2008, p. 24)” Ou seja, “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 (2008, p.26)”. Nas últimas veias argumentativas, conclui em defesa do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica, para então decidir pela total improcedência da ADI (2008, p. 66, grifo do autor):

[...] se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resqúcio de vida encefálica, **então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada.**

Logo no início de seu voto, expõe César Peluso: “Tampouco tem peso aqui recursos hermenêuticos tendentes a interpretar a Constituição da República à luz de normas subalternas. Os conceitos de vida e de pessoa, enquanto constituam dados necessários da *quaestio iuris* da causa, devem ser reconstruídos, senão que construídos, nos supremos limites

<sup>239</sup> STF – Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010, p. 2.



materiais do ordenamento constitucional<sup>240</sup>”. Assim, refutando os principais argumentos contrários existentes na ADI, o voto do Ministro é no sentido de que (2008, p.4): “o estudo com as CTE é em todo adequado e recomendável, na medida em que pode contribuir para promoção de objetivos e valores constitucionais legítimos, que são o direito à vida, à dignidade, à saúde e à liberdade de investigação científica”. Isso porque, diante de suas convicções, chegou à conclusão de que há a ausência de vida no embrião, distinguindo três sujeitos distintos: “um é o embrião congelado; outro, o embrião implantado e o feto e, por fim, o ser humano, criança ou adulto, que porta plenamente os atributos a cuja coexistência a ordem constitucional atribui a qualidade de pessoa<sup>241</sup>”. Assegurando que, no plano da ordem jurídica, “o único ponto de semelhança entre um embrião congelado e um adulto, é que esse participa, em grau primitivo, dos requisitos da proteção à dignidade humana deste, e apenas isso<sup>242</sup>”. Ao fim, conclui (2008, p. 36): “os embriões devem ser tratados com certa dignidade por força de retílinea imposição constitucional. E o fundamento intuitivo desta convicção é a dimensão constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)” (observe que a opinião é divergente com a enunciada pelo relator do processo), e decide pela improcedência da ADI e atribui ao artigo e incisos da lei em questão a interpretação conforme à constituição.

O Ministro Gilmar Mendes é mais eloquente no seu discurso e afirma que “Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría - teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia.<sup>243</sup>” E ressalta que (2008, p.2): “Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais.” O discurso é, portanto, evidentemente ativista e não carece de nenhuma explicação, posto que as argumentações do ministro, por si só, já revelam a composição de seu pensamento de vanguarda, que, ao fim, decide pela improcedência da ADI, como se vê (2008, p.2-5):

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. [...] Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que “os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem

<sup>240</sup> STF – Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010, Voto Min. Cezar Peluso. 2008, p. 4.

<sup>241</sup> STF – Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010, Voto Min. Cezar Peluso. 2008, p. 9.

<sup>242</sup> Idem.

<sup>243</sup> STF – Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010, Voto Min. Gilmar Mendes. 2008, p. 3.

sido confiados à consciência de instituições majoritárias”. 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. [...] 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.

Assim, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes<sup>244</sup>.

## 2.2. Caso das uniões homoafetivas

O casamento entre pessoas do mesmo sexo é tema divergente em todo o mundo, muito embora o preconceito impregnado pela tradição clerical, já possa se dizer, toma rumos de superação, e uma nova ordem na legislação de diversos países apontam para uma sociedade mais aberta às diversidades de expressão. O impasse é recente, pois, há pouco menos de 10 anos, em países como os Estados Unidos, por exemplo, a relação entre pessoas do sexo comum era considerada crime e a Suprema Corte chegou a manifestar-se sobre a constitucionalidade de leis estaduais que criminalizavam a conduta íntima entre os homossexuais<sup>245</sup>. Atualmente, países como África do Sul, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Holanda, Islândia, Portugal e Suécia já admitem as uniões homoafetivas. Com ressalvas para a França, que aprovou uma lei proibindo a constituição familiar entre pessoas do mesmo sexo, e os Estados Unidos, com a lei federal de 1996 (Defense of Marriage Act – DOMA) que

<sup>244</sup> STF – Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 05 set. 2014.

<sup>245</sup> “Na verdade, a discriminação contra a homossexualidade esteve presente de maneira intensa nas práticas jurídicas e sociais até o início do século XXI. Nos Estados Unidos, por exemplo, até a década de 1970, a Associação Americana de Psiquiatria classificava a homossexualidade como um transtorno mental. Em 1971 a sodomia homossexual era tida como crime em todos os estados americanos, com apenas duas exceções. Em 1986, a Suprema Corte considerou constitucionais leis estaduais que criminalizavam a conduta íntima entre pessoas do mesmo sexo, um precedente somente superado em 2003. Um importante avanço se deu em 1993, quando a Suprema Corte do Havaí decidiu que uma lei que restringia o casamento a pessoas de sexos opostos constituía uma discriminação sexual. Em reação contra essa decisão, de 1995 até 2005, 43 estados americanos aprovaram leis proibindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. [...]” Em 2004, o Estado de Massachusetts foi o primeiro a legalizar o casamento homossexual, seguindo uma decisão proferida pela sua Suprema Corte. (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013, p. 103.)

define: “[...] the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife.”<sup>246</sup> No entanto, em relação ao caso dos Estados Unidos, diversos Estados adotaram leis que reconhecem a união homoafetiva, além do Governo Obama ter anunciado que não mais defenderá a constitucionalidade da lei Federal de 1996<sup>247</sup>.

Abordando o caso brasileiro, o STF foi instigado a se manifestar através da ADI nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, tendo atribuído interpretação conforme a Constituição para o artigo 1723 do Código Civil Brasileiro, assim reconhecendo a união estável entre casais do mesmo sexo, elucidando que o rol indicado pelo artigo 226 da CF/88, que estabelece as espécies familiares admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, é exemplificativo. Nesse viés, embasado, sobretudo, nos princípios da igualdade e na proteção à Dignidade da Pessoa Humana, o Supremo admitiu mais uma espécie de entidade familiar, ou seja, aquela formada pela união entre casais do mesmo sexo. É o que se vê no voto do Min. relator Ayres Britto:

[...] verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. [...] 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). [...] a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). [...] Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como **instintivo ou da própria natureza das coisas**. [...] Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um**

<sup>246</sup> U.S.A, *Defense of Marriage Act – DOMA*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2014.

<sup>247</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana...* Op. Cit., p. 104.

**autêntico bem de personalidade.** [...] Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. [...] Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.** (STF – Pleno, ADPF-132, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ-e 13.10.2011, pp. 625-656, grifo do autor.)

Nas palavras do Ministro, o argumento a justificar a decisão do tribunal por tal matéria encontra respaldo na teoria kelsiana do legislador positivo e negativo, admitindo que tudo o que não for defeso por lei, está juridicamente permitido, como são as relações entre pessoas de mesmo sexo, simplesmente porque a Constituição não faz menção a esse conteúdo.

Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma “norma geral positiva” (Hans Kelsen), ora por efeito de uma “norma geral negativa” (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. (STF – Pleno, ADPF-132, ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ-e 13.10.2011, p. 634.)

Finalmente, o Min. decide pela procedência das duas demandas em causa, atribuindo ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição com o fim de excluir qualquer interpretação que prejudique o reconhecimento desta união (2011, p. 656) “contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.”

Por fim, a possibilidade de extensão de direitos à família homoafetiva englobava primeiramente apenas a união estável, conforme decisão do Supremo, o que posteriormente foi alterado mediante a resolução nº 175 do CNJ<sup>248</sup> que uniformizou a jurisprudência dos

---

<sup>248</sup> Resolução nº. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do CNJ, publicada em 15.05.2013 - DJ-e, nos seguintes termos: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013; CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário; CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988; RESOLVE: Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de

tribunais do País quanto a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e a conversão em casamento da união estável entre casais homoafetivos, obedecendo o texto constitucional do art. 226, § 3º da CF/88. Ou seja, mais uma vez, embasado no ativismo dos juízes, a partir da interpretação constitucional feita pelo Supremo e posterior julgamento, em sede de recurso especial, proferido pelo STJ, o Conselho Nacional de Justiça passou a estabelecer a impossibilidade de recusa dos cartório de registro civil do país nos termos da resolução.

Ressalte-se, contudo, que os argumentos aqui expostos visam mostrar o teor de ativismo judicial visto nas decisões do Judiciário brasileiro, salvaguardando qualquer opinião pessoal “pro/contra ativistas” deste autor, as quais estarão explícitas no termo conclusivo deste trabalho. Nota-se, no entanto, que os argumentos utilizados pelo Supremo no julgamento da união homossexual encontram respaldo nos princípios constitucionais e refletem um brilhantismo evolucionista do novo pensamento que perpassa no mundo pós-moderno, regado de humanismo, igualdade, e ausente de preconceitos, mas o que põe *em cheque* a atuação do órgão judicial é que houve, sem dúvida alguma, uma produção legislativa judiciária.

Para melhor visualizar o quão evasivo tem sido o judiciário brasileiro no Poder Legislativo, toma-se, como exemplo, semelhante questão posta em discussão na Corte canadense acerca da aprovação de lei Federal para união de pessoas do mesmo sexo, no qual o Governo Federal, ao revés de esperar que a Suprema Corte se manifestasse acerca da inconstitucionalidade ou não das leis até então elaboradas pelas províncias canadenses, resolveu consultar o Judiciário acerca da constitucionalidade de uma norma Federal a esse respeito para todo o território. O resultado foi positivo e, em 2005, houve a aprovação da Civil Marriage Act<sup>249</sup>. Além disso, a Constituição canadense, de 1982, prevê a *notwithstanding clause* (cláusula não obstante<sup>250</sup>), que viabiliza ao Legislativo aplicar

---

mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (Min. Joaquim Barbosa Presidente do CNJ).

<sup>249</sup> CANADÁ, *Civil Marriage Act*. Disponível em:

<[http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills\\_ls.asp?ls=c38&Parl=38&Ses=1](http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c38&Parl=38&Ses=1)> Acesso em: 01 abr. 2013.

<sup>250</sup> Prevista no artigo 33 da Carta de Direitos e Liberdades canadenses de 1982: “33. (1) *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or section 7 to 15 of this Charter.*” Estabelece que o Poder Legislativo de uma província possa deixar de observar alguns dos direitos e liberdades assegurados naquele documento, no entanto, além de existir uma limitação temporal, há alguns temas desfeitos à essa medida (direitos democráticos, de livre locomoção, de linguagem e de igualdade sexual). Disponível em: <[http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca\\_1982.html](http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1982.html)>. Acesso em: 01 abr. 2013.

determinado diploma normativo mesmo que seja contrário, na visão do Poder judiciário, à Constituição. Esse modelo sugere que o Judiciário não possua a prerrogativa da palavra final em matéria de interpretação constitucional, embora exerça relevante papel na interpretação da Constituição<sup>251</sup>.

Isto porque, a solução encontrada por alguns estudiosos foi da adoção de um controle “fraco” ou “brando” de constitucionalidade (*weak-form judicial review*), que reconhece o papel do Judiciário em verificar a compatibilidade das leis com o Texto Constitucional, mas não atribui primazia à sua opinião, a qual não interfere no exercício dos demais poderes, funcionando mais como uma instrução e não tendo teor vinculativo. Os adeptos ao controle brando sustentam ser esse um ótimo componente democrático, tendo em vista que valoriza o papel do legislativo- representante do povo por excelência – sem deixar de atribuir valor ao Poder Judiciário, que, por sua vez, não dá a última palavra e não incorre no problema da supremacia judicial, evitando assim que seja necessária sua produção normativa, já que há um diálogo mais amplo entre esse poder e o Legislativo, o que representa um verdadeiro equilíbrio entre os papéis do parlamento e da Corte (*embora o efeito desse controle possa, a longo prazo, ser reverso e promover uma supremacia parlamentar*<sup>252</sup>).

---

<sup>251</sup> Como leitura complementar, indica-se a bibliografia: HOGG, Peter. W.; BUSHELL, ALLISON A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*. Osgoode Hall Law journal, v. 35, 1997. Disponível em: <<http://www.ohlj.ca/english/documents/Hogg.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2013.

<sup>252</sup> TUSHNET, Mark. New forms of judicial review and the persistence of rights- And Democracy- Based Worries. In: *Wake Forest Law Review*, Georgetown University Law Center, vol. 38, pp. 814, 2003.

## CONCLUSÃO

1. A necessidade da elaboração da separação dos poderes adveio de um Estado à mercê dos abusos de um monarca absoluto. O princípio consagrado pela doutrina de Montesquieu (sem, contudo, desconsiderar a contribuição de outros filósofos citados neste trabalho) propôs a divisão dos poderes e atribuição de funções específicas a cada um deles que, aliados à teoria do governo misto, bem como ao *check and balance*, propôs um instrumento de equilíbrio e fiscalização entre as três esferas estatais, resultando numa teoria idealista da manutenção de uma sociedade sem abusos. Passou-se da supremacia do Executivo (Monarca) ao enrijecimento do Legislativo, que emergiu num mundo necessitado da preponderância das regras (leis) com a finalidade de impor rédeas ao despotismo. Algum tempo depois, o conservadorismo tornou-se obsoleto (literalmente, algo “do século passado”) e como em toda boa história, as coisas modificaram-se com espaço para novos atores. Eis, pois, a inauguração da era do protagonismo Judiciário. E novos problemas se propuseram.

O princípio da separação dos poderes tem percorrido séculos e, de fato, até os dias atuais, não há nenhuma proposta concreta de reorganização social que ultrapasse os seus bem desenvolvidos desígnios. Apesar de todas as críticas levantadas a seu respeito, o princípio revela-se como base da organização estatal de inúmeras constituições do mundo, cada uma aplicando-o a sua maneira. Talvez a conclusão mais importante a partir da observação da necessidade de ingerência deste princípio seja que os problemas de séculos anteriores continuam a ser os problemas de hoje, muito embora as dimensões e o contexto sejam diferentes; é, no entanto, a continuidade do pensamento político e as necessidades do homem político que emergem como o aspecto mais marcante da história do pensamento institucional (Vile).

2. A expansão global do Poder Judiciário explodiu após o “incêndio” Segunda Guerra Mundial, que expandiu a revisão constitucional com fundamento na noção da importância dos direitos humanos. Historicamente, três marcos principais fortaleceram o instrumento da revisão colocado nas mãos do Poder Judiciário: a famosa decisão no caso *Marbury versus Madison*; a Constituição Austríaca de Hans Kelsen e a criação de um Tribunal Constitucional; e a nova era de constituições escritas marcada pelo período de (re)democratização e de criação de um novo conjunto de tribunais constitucionais (Ginsburg). Além disso, a abrangência da competência do judiciário através da polêmica questão da judicialização da

política ou fenômeno da constitucionalização abrangente o tornou o grande protetor da sociedade. E, aos poucos, o Poder contramajoritário encontrou espaço para assumir um papel ativista dentro do Estado Democrático de Direito, sempre em razão de ser o guarda da Constituição e o garantidor da efetivação dos tão importantes direitos fundamentais.

“Aproveitando-se” da crise de legitimidade do Poder que deveria legitimar a atuação do povo e, portanto, a democracia na sociedade, o Judiciário tem interferido em assuntos de cunho extremamente político e que transcendem os *causis* controversos *inter partes*. As Cortes Constitucionais têm sido convidadas a se manifestar em assuntos que dizem respeito a tensões de cunho moral, filosófico, econômico, político (...). Não há mais limites que interfiram na legitimidade da Corte para responder todas as demandas da sociedade. Se pede de tudo, e as respostas têm sido dadas; bem ou mal, essas respostas têm sido elaboradas com diversos apelos que ultrapassam a esfera com que deveria lidar o judiciário. E quanto às respostas serem boas ou ruins, na verdade, isso não importa na presente discussão; o que está em pauta é a violação ao princípio de separação de poderes, e isso representa mais que uma simples infração à um princípio secular (velho, mas não aposentado!).

Aliás, não é tão difícil enxergar a preocupação que se instaura na mente daqueles que pensam no ativismo como “um passo perigoso”; é que, no fim das contas, a preponderância de um Poder sobre os outros nunca trouxe bons resultados. Presenciou-se os abusos do domínio Executivo, o império quadrado das leis e, por hora, o governo dos juízes. Quando chegará o equilíbrio tão sonhado pela divisão de poderes proposta pelos filósofos clássicos, pelos ingleses após sofridas tensões entre o monarca e o parlamento, pelos franceses massacrados pelo Rei-Divino, e, assim, com diversas outras experiências? Note-se, aqui se impõe uma questão já levantada (por diversas vezes) neste trabalho, e não há como não abordá-la novamente: se hoje o Judiciário nos salva dos fracassos legislativos e da ineficácia executiva, amanhã, quem fará o resgate de uma sociedade dominada pelas decisões, cada vez mais, intensas e eivadas de discricionariedade do governo intelectual dos juízes?

3. Em busca de uma saída, os apelos hermenêuticos de cariz filosófico brigam por espaço, isto porque o equívoco provocado pela metafísica interpretativa proposta pela teoria positivista (impulsionada, principalmente, por Kelsen e Hart) inseriram a possibilidade de discricionariedade da decisão judicial, o que leva a decisionismos e arbitrariedades interpretativas. São autores como Heidegger, Gadamer, Lenio Streck e outros que propõem um repensar hermenêutico, para que não se confunda o exercício da interpretação com



qualquer decisionismo eivado de personalização do juiz. Em outras palavras, vislumbra-se a proposta de uma revalorização da retórica num sentido prático e com problemas resolvidos concretamente. Por esse motivo que a teoria integrativa dworkiana exige uma responsabilidade política dos juízes em obedecer a integridade do direito, para que hajam limites no ato de aplicação judicial, o que importa em deixar à parte a “personalização” que envolve as convicções pessoais/morais dos juízes.

Para deixar claro o que se tenta defender, parte-se do pressuposto de que não há definições gerais que possam prever todas as singularidades de cada caso jurídico que se estabelecerá no mundo (em outras palavras, no conceito de uma determinada coisa não estão contidas todas as espécies daquela coisa (Streck)). Então, na medida em que precedentes jurisprudenciais e conceitos jurídicos são transformados em pautas gerais (note-se o ativismo judicial entrando em cena), o direito é transformado num conjunto de enunciados e proposições linguísticas (Gadamer). E grave-se bem esta premissa: *linguagem não é mero instrumento e tampouco uma “qualquer coisa” que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível)*. Tampouco engloba tudo, pois sempre sobrar alguma coisa sobre a qual não se falou e nem se poderá dizer, ou seja, a partir da fenomenologia hermenêutica é possível afirmar que apenas se pode falar do compreendido, restando claro que *não se compreende a partir da interpretação, mas sim a interpretação é viabilizada porque houve uma compreensão prévia do expresso na norma (Gadamer)*.

Portanto, se decide em face da justificação (antecipação de sentido, advinda da pré-compreensão), que é condição de possibilidade para esse ato (Streck). Mais simples ainda: antes de argumentar, o intérprete já compreendeu e restará, para sua tarefa, explicitar o compreendido. Assim é que Heidegger fala que *toda interpretação que se segue à compreensão precisa ter já compreendido o que vai expor*, concluindo que o processo interpretativo não é reprodutivo (ora, seria impossível ao intérprete arrancar o sentido contido no texto, como quer a hermenêutica clássica), compreende, pois, uma produção de sentidos e não há domínio para a compreensão, já que ela se dá a partir da *condição de ser-no-mundo* do intérprete (Streck). É inclusive este fator que impede de a hermenêutica ser tomada apenas como método, afinal, filosofia não é lógica. Resumindo, por ser o ato de interpretar sempre compreensivo, é a *applicatio* que evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque decorre da antecipação (de sentido), e aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a se transformar em um ‘simples resultado’ a mercê da manipulação do intérprete, pois aí se

estará concedendo ao juiz uma excessiva liberdade e, por conseguinte, uma possibilidade de decidir discricionariamente.

4. Limitando o assunto a uma realidade específica, a situação parece bem pior quando a pauta é o ativismo dos juízes brasileiros. Para começar, a sociedade, vítima de um modelo de Bem Estar Social imaginário, demanda do Judiciário a tão sonhada concretização das promessas da modernidade na efetivação dos direitos fundamentais (implementação da saúde, educação de base, mínimo existencial, promoção da igualdade (...) e uma série de direitos sustentados pela Dignidade da Pessoa Humana); tudo muito bonito no papel, mas longe de ser concretizado no estado caótico e deficiente de boa representação majoritária como é o caso do Brasil. Em verdade, justiça seja feita, o judiciário tem dado mais respostas positivas que negativas. Com a coerência e brio dos juristas que compõem o STF, a produção normativa por eles produzida tem dado resultados satisfatórios à sociedade (*“Dai, pois, a César o que é de César”*). Ainda assim, não há legitimação sadia para a situação estabelecida entre os juízes ativistas e os carentes partícipes da sociedade órfã brasileira (Ingeborg Maus).

Não só o STF, mas os magistrados brasileiros de um modo geral têm atuado como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” e imunizando a atividade jurisprudencial perante a crítica a qual, originariamente, deveria estar sujeita (Maus). Em termos práticos, a indagação reflexiva que se segue é: de que adianta o proativo salvador (juiz) dar respostas positivas às mazelas da sociedade se o Estado não goza de instrumentos para efetivar o mandamento? Se está tratando dos problemas ou utilizando-se de um paliativo (a decisão judicial) para mascarar que é possível efetivar o “conto de fadas” do Estado Social?

Não se está, aqui, afirmando que a retração judicial é a solução, *“que volte o juiz boca de lei!”*. Definitivamente, não! Mas como é possível deixar toda uma sociedade nas mãos de onze Ministros Supremos? “[...] quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social [...]” (Maus)

Entenda-se, se há uma estrutura jurídica traduzida em uma constituição e um conjunto de leis (etc), as decisões devem estar de acordo com estes conjuntos existentes, e não baseada em convicções e sentimentos pessoais, pois *decidir não é o mesmo que escolher*. No entanto, infelizmente é o próprio (e *ineficiente*) Poder Legislativo, através de reformas e emendas à

Constituição, que viabiliza a articulação da confusão que se tornou o limite de atuação dos Poderes do Estado brasileiro. Diversas foram as técnicas articuladas: a) Mandado de Injunção; b) Súmula vinculante; c) reforma legislativa: c.1 - possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional – trazida ao Brasil através da doutrina de Paulo Otero – que relativiza o que ensinou Carnelutti; c.2 - Repercussão Geral; c.3 - jurisprudência dominante (CPC, art. 557); c.4 - Súmulas impeditivas de recurso (CPC, art. 518); c.5 - julgamento de mérito sem processo (...).

Como se não bastasse, ainda existe o fato da transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça, ao revés das reservadas audiências de portas fechadas como nos tribunais mundo afora. *Jus ao princípio da Publicidade?* Bem ou mal, na verdade, mais parece uma publicidade desmedida, na qual os ministros passam a ter *fama* e o público a os taxar conforme seus votos, o que leva a uma preocupação de se estar transformando essas decisões em um verdadeiro *show*.

Para finalizar, é necessário realçar com insistência que juiz é o guarda da constituição e, portanto, garantidor dos valores nela contidos, ou seja, é garantidor da democracia e não o seu fragilizador. Assim, não decide com convicções pessoais, e que esse trabalho fique com o Legislativo – se esses são má representantes, há eleições de quatro em quatro anos. Pelo menos, há esperança! – agora, o juiz ativista é vitalício (que fique claro: os ministros do STF gozam de vitaliciedade – ao contrario dos juízes do Tribunal Constitucional de países como Portugal, por exemplo). Se em nome do povo e dos direitos fundamentais o juiz “se autoriza” a criar o direito que acredita ser “justo”, “a melhor resposta” ou “a solução” (...), em detrimento de qualquer limite, é a própria história que mostra os riscos que isso pode representar.

Não é preciso ser mais lúcido quanto ao posicionamento adotado: é indispensável que a interpretação e a aplicação das normas constitucionais pelo Judiciário sejam realizadas à luz do acatamento aos princípios do Estado Democrático de Direito, o que pressupõe a preservação da separação dos poderes, impedindo que a “boa intenção” do judiciário não se sobreponha ao maior fundamento da democracia: A Soberania Popular.

## REFERÊNCIAS

ARENDTH, H. *A Condição Humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 217, pp. 55-66, jul./set. 1999.

ARISTÓTELES. *Política*. (Coleção: Obra prima de cada autor). São Paulo: Martin Claret, 2005.

AZEVEDO, Tiago João Lopes Gonçalves. *A Uniformização de Jurisprudência: Dos Assentos aos Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência*. Portugal, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/tiagoazevedo\\_uniformizacaojurisprudencia.pdf](http://www.verbojuridico.com/doutrina/2009/tiagoazevedo_uniformizacaojurisprudencia.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2014.

BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira (discurso proferido no Instituto dos Advogados do Brasil em 19. dez. de 1914). In: *Obras Seletas*. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 1960.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, nº 13, pp. 71-91, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, nº 9, pp. 1-41, març./abr./maio. 2007.

BATISTA JUNIOR, Edil. *O Supremo Tribunal Federal e o Monopólio da hermenêutica Constitucional no Brasil: A interpretação como ato de poder*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BAUMAN, Z. *Em busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

\_\_\_\_\_, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court At the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BLACKSTONE, Willian. *Commentaries on the Laws of England. In four Books*. The Eleventh Edition. London: 1791. Disponível em: <[https://play.google.com/books/reader?id=DVkzAAAAIAAJ&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PP7](https://play.google.com/books/reader?id=DVkzAAAAIAAJ&printsec=frontcover&output=reader&authuser=0&hl=pt_BR&pg=GBS.PP7)>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. Trad. Sérgio Bath. 1 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. Giafranco Pasquino. *Dicionário de Política*. 5 ed. Vol. 1, Trad. Carmem C. Varrialle & outros, Brasília, UNB, São Paulo, IMESP, 2000.

\_\_\_\_\_, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. TEORIA DA DIVISÃO DOS PODERES: antecedentes históricos e principais aspectos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 102, pp. 22-46, jan./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67747/70355>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n.º 175*, de 14 de maio de 2013, DJ 15.05.2013.

\_\_\_\_\_, Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2014.

\_\_\_\_\_, Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2014.

\_\_\_\_\_, Constituição (1846). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1846. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2014.

\_\_\_\_\_, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. Secretaria especial de editoração e publicações, 2006.

\_\_\_\_\_, Emenda Constitucional N.º 1, de 17 de outubro de 1969.

\_\_\_\_\_, Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003.

\_\_\_\_\_, Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004.

\_\_\_\_\_, Emenda Constitucional n.º 52, de 08 de março de 2006.

\_\_\_\_\_, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro).

\_\_\_\_\_, Lei n.º 11.417 de 19 de dezembro de 2006.

\_\_\_\_\_, STF – Pleno, ADI 505/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 02.08.1991.

\_\_\_\_\_, STF – Pleno, ADI-QO 433/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.03.1992.

\_\_\_\_\_, STF – Pleno, ADI 334 MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 31.03.1995.

\_\_\_\_\_, STF – Pleno, ADI 2.010 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.04.2002.

\_\_\_\_\_, STF – Pleno, ADI 3459/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.04.2006.

\_\_\_\_\_, STF – Pleno, ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28.05.2010.

\_\_\_\_\_, STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, e ADI 4277/DF. Rel. Min. Ayres Britto, DJ-e 13.10.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

\_\_\_\_\_, STF, Mandado de Injunção (MI) n.º 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990.

\_\_\_\_\_, STF, MI n.º 219, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 27.08.1990.

\_\_\_\_\_, STF, MI n.º 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.1991.

\_\_\_\_\_, STF, MI n.º 284, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.06.1992.

\_\_\_\_\_, STF, MI n.º 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16.08.1991.

\_\_\_\_\_, STF, MI n.º 670, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.11.2007.

\_\_\_\_\_, STF, MI n.º 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.11.2007.

\_\_\_\_\_, STF, MI n.º 712, Rel. Min. Eros Grau, DJ 23.11.2007.

\_\_\_\_\_, STF, MI n.º 721, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.02.2008.

\_\_\_\_\_, STF, MI n.º 786, Rel. Min. Eros Grau, DJ 07.05.2009.

\_\_\_\_\_, STF, *Súmula Vinculante n.º 13*, DJ 29.08.2008.

\_\_\_\_\_, Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n.º 21*, de 2002.

BURNS, Edward McNall. *História da civilização ocidental*. 2 ed. Porto Alegre: Ed. Globo, 1959.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: Metodológica e Processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: NOVELINO, Marcelo e outros (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. 2ª tiragem. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013, pp. 541-595.

CANADÁ, *Carta de Direitos e Liberdades canadenses de 1982*. Disponível em: <[http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca\\_1982.html](http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/ca_1982.html)>. Acesso em: 01 abr. 2013.

\_\_\_\_\_, *Civil Marriage Act*, de 20 de julho de 2005. Disponível em: <[http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills\\_ls.asp?ls=c38&Parl=38&Ses=1](http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c38&Parl=38&Ses=1)>. Acesso em: 01 abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Os Impactos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário na Jurisdição Constitucional Brasileira. In: *Estudos Jurídicos - Direito Público*, Porto Alegre, nº 30, pp. 212-225, nov/dez. 2009.

\_\_\_\_\_, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional do Brasil. In: XIMENES, Julia Maurmann (Org.). *Judicialização da Política e Democracia*. 1 ed. Brasília: IDP, 2014, pp. 8-41.

CASTANHEIRA NEVES, António. *DIGESTA: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. 1 Vol. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_, António. *DIGESTA: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. 2 Vol. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_, António. *DIGESTA: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. 3 Vol. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goitacases, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, 2001-2002.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional: A Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_, Fernando Alves. Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdiccional efectiva. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Vol. LXXIX, pp. 63-96, 2003.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

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

\_\_\_\_\_, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARAPON, Antoine. *O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GINSBURG, Tom. The Global Spread of Constitutional Review. In: *OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS* (Keith Whittington and Daniel Keleman, eds.) University of

Chicago Law School Draft, 2008, pp. 1-18. Disponível em:  
<[http://www.lexglobal.org/files/044\\_global\\_spread\\_of\\_constitutional\\_review-published.pdf](http://www.lexglobal.org/files/044_global_spread_of_constitutional_review-published.pdf)>.  
Acesso em: 26 jul. 2014.

\_\_\_\_\_, Tom. *Judicial Review in Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, 2003. Disponível em: <  
[http://books.google.pt/books?id=qJrsouEjOZEC&printsec=frontcover&hl=pt-PT&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.pt/books?id=qJrsouEjOZEC&printsec=frontcover&hl=pt-PT&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

GRIFFIN, Stephen M. Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights. In: *Journal of Constitutional Law*, University of Pennsylvania, v. 4, nº 2, pp. 281-313, jan. 2002. Disponível em: < <http://www.law.upenn.edu/conlaw/thetablecon.html> >. Acesso em: 24 mar. 2013.

\_\_\_\_\_, Stephen M. The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights. (Septb, 3, 2003). In: *Tulane Law School Working paper*, nº 2003-01, pp. 1-74, set. 2003. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=441240> >. Acesso em: 24 mar. 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALPERÍN, Jorge. *Conversaciones con Saramago: Reflexiones desde Lanzarote*. Barcelona: Icaria- Más Madera, 2002.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HEIDEGGER, Martin. “*Que é Metafísica?*”. Trad. Ernildo Stein. Versão eletrônica disponível em: <<http://www.psb40.org.br/bib/b20.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

\_\_\_\_\_, Martin. *Ser e o tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2005.

HERRERA, Enrique. *Práctica Metodológica de La investigación jurídica*. Buenos Aires: Altea, 1998.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. In: *Annual Review of Political Science*. Faculty of Law and Department of Political Science, University of Toronto, Vol. 11, pp. 93-118, jun. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

\_\_\_\_\_, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 251, pp. 141-178, maio/ago. 2009.

HOGG, Peter. W.; BUSHELL. ALLISON A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*. Osgoode Hall Law journal, vol. 35, 1997. Disponível em: <<http://www.ohlj.ca/english/documents/Hogg.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2013.



HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. (A Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude). Trad. Edson Bini. 1 ed. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser El defensor da La Constitución?* Trad. de J. Brie. Madri. Editorial Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. In: *California Law Review*, nº 92, pp. 1441-1477, 2004.

KOZICKI, Kátia. *Conflito e Estabilização: Comprometendo Radicalmente a Aplicação do Direito com a Democracia nas Sociedades Contemporâneas*. Tese de doutoramento, Universidade Federal de Santa Catarina, 2000.

KRAMNICK, Isaac. *Bolingbroke & His Circle: The Politics of Nostalgia in the Age of Walpole*. Ithaca, United States, 1992.

LOCKE, John. *"Dois Tratado do Governo"*. Trad. Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006.

\_\_\_\_\_, John. *"Two Treatise of Government"*. [EBook #7370]. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/7370/7370-h/7370-h.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2014.

LAMBERT, Édouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis – L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris: Marcel Giard & Cie, 1921.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: História del Constitucionalismo Moderno*. Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 1998.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, nº 58, pp. 183-202, nov. 2000.

MELLO, Celso. *Posse na presidência do Supremo Tribunal Federal*. Presidente: Min. Gilmar F. Mendes. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. Brasília: 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Poder Contramajoritário do Juiz. In: *O Globo*. Disponível em: <<http://www.leieordem.com.br/gilmar-mendes-juiz-nao-e-para-ouvir-o-vendedor-da-esquina.html>>. Acesso em: 5 maio de 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Preliminares*. O Estado e os Sistemas Constitucionais. Tomo I, 9 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

\_\_\_\_\_, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Estrutura Constitucional do Estado*. Tomo III, 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. “*O Espírito das Leis*.” (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultura, 1997.

\_\_\_\_\_. Charles de Secondat. *Oeuvres Completes de Montesquieu*. Paris: Chez Firmin Didot Frères, Libraires, MDCCC XXXVIII.

MORAES, Guilherme Peña de. Súmula vinculante no direito brasileiro. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 17, pp. 1-13, 2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 9 set. de 2014.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

MULLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. Trad. Peter Naumann, Revisão Paulo Bonavides. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, São Paulo: VMF Martins Fontes Ltda., 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OBBER, Josiah. *The Original Meaning of “Democracy”*: capacity to do things, not majority rule. Princeton, Stanford University – Department of Classics, nº 090704, pp. 1-7, set. 2007. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1024775](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024775)>. Acesso em: 10 set. de 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Diário de Classe: Judicialização não é sinônimo de Ativismo Judicial. In: *Revista Jurídica Conjur*, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 14, nº 55, pp. 55-82, jul/set. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181023>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976*. 17ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2012.

\_\_\_\_\_, Tribunal Constitucional – *Acórdão n.º 743* de 18 de julho de 1996.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 1 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROBBERS, Gerhard. *Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit*. In: Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS). Heft 4. München: C.H. Beck, 1990. Disponível em: <<http://www.uni-trier.de/index.php?id=8082>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a Súmula Vinculante. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n.º 133, pp. 51-64, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/193>>. Acesso em: 05 set. 2014.

ROSA, Alexandre Morais. O juiz veste Prada?: o Sentido da Deriva Hermenêutica no Pós CR/88. In: *Constituição e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. COUTINHO, Jacinto Miranda, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão (org.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, pp. 25-31.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a economia política do contrato social*. Trad. De Maria Constança P. Pissara. Petrópolis: Vozes, 1996.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Separação de poderes: evolução até a Constituição de 1988 – Considerações. In: *Revista Informação Legislativa*, Brasília, n.º 115, jul/set. 1992.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, 2:83, 2006.

\_\_\_\_\_, Daniel. *Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

\_\_\_\_\_, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

\_\_\_\_\_, Carl. *La defensa dela Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2 ed. Madri: Editorial Tecnos, 1998.

SHACKLETON, Robert. “Montesquieu, Bolingbroke and the Separation of Powers.” In: *French Studies*, Vol. III, pp. 25-38, 1949.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituição burguesa: que é o Terceiro Estado?* BASTOS, Aurélio Wander (org.). Trad. Norma Azerado. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SMITH, Dennis. *Zygmunt Bauman: prophet of postmodernity*. Cambridge: Polity Press, 1999.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula Vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004*. Curitiba: Juruá, 2006.

STEIN, Ernildo. A superação da metafísica e o fim das verdades eternas. In: *IHU On-line*, jul. de 2006. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/erikarenata/heidegger-por-ernildo-stein-gianni-vattimoemmanuel-carneiro-leojoo-augusto-mac-dowellwilliam-richardsonrafael-haddocklobocio-elvis-pisetta>>. Acesso em: 08 ago. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXXII, pp. 213-237, 2006.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLVI, nº 1, pp. 55-86, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ainda a questão da discricionariedade positivista. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXXIV, (BDF 86), pp. 559-589, 2008.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer? In: *Revista Jurídica Conjur*, 27 mar. de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/senso-incomum-sempre-ainda-dura-face-ativismo-terrae-brasilis>>. Acesso em: 10 set. 2014.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? In: *Revista Jurídica Conjur*, 13 jun. de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. LI, nºs 1 e 2, pp. 237-262, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. Sempre ainda a dura face do ativismo em terrae brasilis. In: *Revista Jurídica Conjur*, 06 mar. de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-06/senso-incomum-sempre-ainda-dura-face-ativismo-terrae-brasilis>>. Acesso em: 10 set. 2014.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. SUBSTITUIÇÃO DO LEGISLADOR. Súmula Não Vinculante 500 do STJ é inconstitucional e ilegal. In: *Revista Jurídica Conjur*, 08 nov. de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-08/lenio-streck-sumula-nao-vinculante-500>>

supremo-inconstitucional-ilegal>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TATE, C. Neal (ed.); VALLINDER, Törbjorn (ed.) *The global expansion of the judicial power*. New York, NY: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na America*. Livro 1: Leis e Costumes. 2 ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_, Alexis de. *Democracy in America*. Trad. Henry Reeve. Vol. II, 3 ed. Cambridge: Sever and Francis, 1863.

TUSHNET, Mark V. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- And Democracy- Based Worries. In: *Wake Forest Law Review*, Georgetown University Law Center, vol. 38, pp. 813-838, 2003. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247/>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_, Maria Benedita. Interpretação conforme com a Constituição e Activismo Judicial: Associação Lógica ou Activismo Interpretativo? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, nº VII, pp.411-418, 2009.

\_\_\_\_\_, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos principais mecanismos de protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_, The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle? In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI (BFD, 86), pp. 621-638, 2010.

U.S.A, Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

\_\_\_\_\_, Abraham Lincoln, *discurso de Gettysburg*, em 19 nov. de 1863, Disponível em: <<http://www.arqnet.pt/portal/discursos/novembro01.html>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

\_\_\_\_\_, *Defense of Marriage Act – DOMA*. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-104hr3396enr/pdf/BILLS-104hr3396enr.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2014.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4, nº 2, pp. 407-440, jul/dez. 2008.

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. O efeito vinculante como ferramenta do ativismo judicial do STF. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, nº 178, pp. 131-139, abr./jun. 2008.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, Ebook, 2012. Disponível em:  
<[http://www.amazon.co.uk/reader/0865971757/ref=rdr\\_sb\\_li\\_hist\\_1&state=011111](http://www.amazon.co.uk/reader/0865971757/ref=rdr_sb_li_hist_1&state=011111)>. Acesso em: 18 ago. 2014.

WITKER, Witker. *Como elaborar una tesis em derecho*. Madrid: Civitas, 1985.



UNIVERSIDADE DE COIMBRA