

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Lucas Sales da Costa

Legitimidade e critérios de atuação do Poder Judiciário no cenário do neoconstitucionalismo: para além da jurisdição constitucional.

**BRASÍLIA/DF,
JULHO DE 2016**

Lucas Sales da Costa

Legitimidade e critérios de atuação do Poder Judiciário no cenário do neoconstitucionalismo: para além da jurisdição constitucional.

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador: Rodrigo Mudrovitsch

**BRASÍLIA/DF,
JULHO DE 2016**

Lucas Sales da Costa

Legitimidade e critérios de atuação do Poder Judiciário no cenário do neoconstitucionalismo: para além da jurisdição constitucional.

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___ / ___ / 2016, com menção _____

(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. _____

Integrante: Prof. _____

Integrante: Prof. _____

RESUMO

As temáticas que se destringem nas páginas da presente monografia abordam, inicialmente, o fenômeno do neoconstitucionalismo, procurando-se entender sua origem, definição e o modo como ele tem modificado a interpretação do ordenamento jurídico. Estudam-se, nesse contexto, as influências e consequências da tese no campo de decisões do Judiciário brasileiro, representado pelo Supremo Tribunal Federal. Ocupa-se do denominado ativismo judicial, bem como da contingência acarretada pelo decisionismo judicial, voltando-se ainda à temática da legitimidade da função jurisdicional no Estado Democrático, numa análise dos limites e das possibilidades de atuação de tal poder no jogo político das instituições e nos projetos de modificação social. Não se descarta das participações populares nesse concerto e da indispensabilidade de valorizar novas experimentações cívicas e democráticas que estimulem o papel do povo de provedor primário da agenda social, o que significa, por conseguinte, um distanciamento da corriqueira supervalorização do Poder Judiciário como árbitro dos conflitos da vida.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Legitimidade democrática. Participações populares.

ABSTRACT

The subject matter of this thesis aims to study the neoconstitutionalism phenomenon, looking to understand its origin, definition and how it has changed the interpretation of the law. Influences and text effects in the framework of the Brazilian court decisions, represented by the Supreme Court, are studied. It addresses the judicial activism, the judicial decisionism and the issue of the legitimacy of the judicial function in a democratic state, analyzing the limits and the possibilities of action amid all political game of institutions and projects of social change. The text does not neglect the popular participation in this scene and the indispensability of valuing new civic and democratic experiments to stimulate the people as a primary provider of social agenda, which means, therefore, move away from the ordinary overvaluation of the judiciary as arbiter of conflicts of life.

Keywords: Neoconstitucionalism. Judiciary. Brazilian Supreme Court. Democratic legitimacy. Popular participations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. Neoconstitucionalismo: definição, origem e marcos	9
2. Impactos do neoconstitucionalismo sobre a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal – STF	26
3. Justificativa democrática do Poder Judiciário e mitigação dos riscos do decisionismo judicial no cenário do neoconstitucionalismo.....	47
4. Para além da jurisdição constitucional	67
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

Num país carente de utopias e ávido pela efetivação de sua agenda social, ainda se revela imensa a quantidade de obstáculos postos à atuação proativa e transformadora da atividade jurisdicional, de sorte que as inúmeras controvérsias em torno do tema, quer no que tange a seus limites, quer no que concerne às suas possibilidades, ambos destacadamente avolumados no contexto do neoconstitucionalismo, representam preocupação visível de todos os estudiosos que se dedicam à análise do tema.

Polêmicas consistentes, como se verá, na maneira de compreender os fenômenos e os institutos estudados, seja no tocante à sua remodelação, seja no que tange aos auspiciosos compromissos sociais que a inelutável ascendência do Judiciário no enfrentamento das lides contemporâneas é capaz de realizar, o que já surte, inclusive, notórios efeitos na prática diária das instituições.

O neoconstitucionalismo e seu produto, a constitucionalização do Direito, não são sem riscos. Longe disso, eles encerram alguns problemas, e é um deles, em especial, que se pretende destacar: os riscos do decisionismo judicial, o qual advém da compreensão do Direito a partir da Constituição, documento repleto de normas genéricas e abstratas de baixa densidade normativa, que podem ser objeto de múltiplas interpretações.

A necessidade de interpretar a lei a partir do texto constitucional eleva o risco de subjetividade das decisões judiciais, o que é, em tese, compreensível quando se priorizam as normas constitucionais – de textura aberta e vaga – em face do restante da legislação.

É inequívoco que a constitucionalização exacerbada pode gerar consequências negativas, tanto de natureza política, consignada no esvaziamento do poder pelas majorias, dado o engessamento da legislação ordinária, como de natureza metodológica e funcional, em razão do problema supramencionado e das próprias nuances do Estado de Direito.

Insta, pois, que se encontrem maneiras de minimizar ou reverter os efeitos negativos que podem ser gerados nesse quadro de valorização das normas abertas e imprecisas da Constituição, especialmente em se considerando o intento de consecução de respostas

jurisdicionais corretas no bojo de uma sociedade complexa e plural, na qual vicejam desacordos sobre os mais variados temas.

Dentre os objetos do presente estudo, pois, assume relevo o fenômeno do neoconstitucionalismo, e perpassam-se, aqui, sua origem, definição e o modo como ele tem modificado a interpretação do ordenamento jurídico, na medida em que promove uma revolução paradigmática ao oferecer uma verdadeira releitura de todo o Direito sob a ótica do texto constitucional.

Não se olvidam, por outro lado, as críticas às propaladas particularidades atribuídas a essa hodierna tese, havendo vários estudiosos que negam o aspecto inovador e diferenciado acima mencionado e consignam haver certas fragilidade e incoerência, ou mesmo um “modismo” intelectual, no discurso “neo” constitucionalista.

Feito tal intróito, a pesquisa passa a ocupar-se, principalmente, do protagonismo – o denominado ativismo judicial – que a função jurisdicional tem exercido no campo das instituições do Estado Democrático nesse cenário de infindáveis desafios que a ela incumbe enfrentar, mormente os de teor social, bem como da problemática acarretada pelo decisionismo judicial, o qual se consubstancia nos riscos advindos do grande leque de possibilidades de interpretação, pelos magistrados, das normas constitucionais, estas, por sua vez, de baixa densidade normativa.

Volta-se, neste ponto, à temática da legitimidade da função jurisdicional no Estado Democrático, numa análise dos limites e das possibilidades de atuação de tal poder no jogo político das instituições e nos projetos de modificação social, os quais constituem exigência dos fins, princípios e valores plasmados nos preceitos constitucionais fundamentais, hoje, inequivocamente, imbuídos de força impositiva.

Examina-se, também, uma proposta de legitimação de tal função a partir da valorização e da busca pela realização do princípio do contraditório, da argumentação jurídica e de outros critérios na seara das relações políticas, sociais e jurídico-processuais.

Durante o percurso, enfatizam-se as implicações da adoção do discurso *neoconstitucionalista* na seara da jurisdição constitucional, particularmente no que se refere à nossa Corte Suprema, a fim de que se analisem o impacto prático das teses referidas nas

decisões do Supremo Tribunal Federal e a maneira como tal órgão, voluntária ou inconscientemente, tem deparado com o tema.

Afere-se, por fim, um discurso voltado a aprofundar a cidadania, na certeza de que um maior apego, pelo povo, ao bem comum servirá para incrementar os mecanismos de controle dos poderes públicos e a própria soberania popular, tornando o processo de interpretação da Constituição mais legítimo e democrático.

Pretendem-se amainar as críticas à representatividade do Poder Judiciário, além de robustecer experiências que ultrapassem as fronteiras da jurisdição constitucional, no condão de permitir a todos os atores e partícipes sociais vislumbrar mecanismos *para além* das teses ordinárias de enaltecimento supervalorizado da magistratura.

1 Neoconstitucionalismo: definição, origem e marcos.

No presente capítulo, aborda-se o fenômeno do neoconstitucionalismo, procurando-se entender sua definição, origem e a maneira como ele tem modificado a interpretação do ordenamento jurídico, na medida em que promove uma revolução paradigmática ao oferecer uma verdadeira releitura de todo o Direito sob a ótica do texto constitucional.

O constitucionalismo contemporâneo no Brasil e no estrangeiro sofreu acentuadas mudanças nos últimos anos, implicando a construção de um movimento que tem alterado o modo de examinar a Constituição e seu papel na interpretação do ordenamento jurídico.

Esse conjunto de alterações ocorridas no direito constitucional contemporâneo tem recebido o nome de “neoconstitucionalismo”, processo de mudanças de paradigmas que abarca fenômenos complexos e ainda não inteiramente assimiláveis.

Tal constitucionalismo hodierno relaciona-se, diretamente, ao termo “constitucionalização”, que a doutrina costuma distinguir em algumas acepções. Fala-se, nessa linha, em “constitucionalização” para aludir ao advento de uma Constituição escrita, revestida de supremacia e, pois, em posição hierárquica superior às demais normas do ordenamento jurídico, consignando um processo histórico que converte em um vínculo jurídico plasmado num ordenamento maior uma relação político-cultural travada entre os mandatários do poder político e o povo, ou seja, entre os representantes e seus representados.

O termo pode ser utilizado, também, para mencionar o fato de uma Constituição incorporar em seu texto uma miríade de temas afetos, ordinariamente, à legislação infraconstitucional, situação denominada de “constitucionalismo-inclusão”, a indicar a introdução, no texto da Lei Fundamental, de conteúdos normativos que são, por natureza, estranhos a esse documento político.

Na esteira desse avanço do direito infraconstitucional na Constituição, ensina Barroso, com assento na Constituição Brasileira de 1988:¹

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360-361.

princípios gerais às regras miúdas levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em números capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Interessa aqui, entretanto, a ideia de “constitucionalização” vinculada ao efeito irradiante das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico se expande por todo o ordenamento jurídico, passando a Constituição a condicionar o sentido e a própria validade de todas as normas infraconstitucionais.

Desse modo, à medida que a lei torna-se subordinada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, o papel da doutrina modifica-se substancialmente. Assim, “cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”.²

Nesse contexto, a Constituição servirá para o olhar e o interpretar de todos os ramos do Direito, irrompendo fenômeno identificado como “filtragem constitucional”, consistindo em que todo o sistema jurídico deve ser lido e compreendido sob a ótica do texto constitucional, cujos valores devem, por conseguinte, ser sempre perseguidos.

Assenta-se essa tese na defesa da força normativa da Constituição, na necessidade de uma dogmática constitucional principialista, na retomada da legitimidade e da vinculatividade dos princípios, no desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, no compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, na constitucionalização do direito infraconstitucional e no caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.³

Acerca desse cenário de prestígio da Constituição, vale colacionar, do mesmo modo, algumas considerações de Pedra:⁴

(...) num passado não muito remoto, o estudo do direito constitucional pareceria literatura, ficção ou sociologia. Hoje, o quadro mudou: a Constituição passou a ser considerada como norma e o Direito Constitucional

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I, p. 45.

³ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 251.

⁴ PEDRA, Anderson Sant’Ana. A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. In: AGRA, Walber de Moura (Org.); CASTRO, Celso Luiz Braga de (Org.); TAVARES, André Ramos (Org.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.41-42.

disciplina jurídica efetiva e indispensável. Era incomum verificar em alguma decisão judicial a menção a algum dispositivo constitucional e para fundamentar uma decisão bastava que ela apresentasse os dispositivos infraconstitucionais do direito material ou processual: cotejá-los com a Constituição, nem pensar, afinal o legislador era considerado como a exteriorização da vontade constitucional. Contudo, novos tempos surgem. O direito constitucional passa por um momento virtuoso, em que se destaca o compromisso com a efetividade das normas constitucionais, com o respeito a sua força normativa, superando, assim, a fase em que a Constituição era considerada um mero conjunto de promessas políticas, um documento programático e não pragmático.

O modelo normativo desse neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-moderno, como se preferir nomear, é o axiológico, não mais se cingindo o documento político fundamental a limitar poderes, pois, acima de tudo, importa tornar eficaz a Constituição, na busca incessante por concretizar os valores ínsitos aos direitos fundamentais nela consagrados.

Destacando que o neoconstitucionalismo ideológico sublinha a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais e adota o modelo valorativo da Constituição como norma, dizem Otto e Pozzolo:⁵

Considerado o referencial histórico que situa o modelo em tela, pode-se afirmar também que as regras e os limites que definem o Estado constitucional democrático de direito, inseridas desde uma dimensão de *garantias normativas*, além de constituírem precedente e determinadamente sua organização e funcionamento democráticos, apontam para a necessidade da institucionalização de uma *metódica constitucional* capaz de dar conta, entre outras tarefas, da justificação jurídica que inclui a pretensão de correção normativa ou a retitude material das normas na estrutura do juízo ponderativo constitucional.

Converte-se a Constituição no centro do sistema, adquirindo seu texto carga jurídica, imbuída, logo, de normatividade, imperatividade e superioridade. Ingressa a Lei Maior no cenário jurídico gozando agora não apenas sua formal supremacia, como também sua superioridade material e axiológica, visto sua preeminência normativa no sistema; passa, a partir da revolução paradigmática que o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona, a ter uma força normativa reconhecida, assentada no caráter vinculativo e obrigatório de seus enunciados.

⁵ OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p.22.

Impende esclarecer que o movimento “neoconstitucionalista”, conquanto sua larga aceitação e difusão nos âmbitos acadêmico e doutrinário, não tem sido imune a críticas, de modo que não se podem desprezar os entendimentos que, aceitando-o com reservas ou mesmo rejeitando-o, chegam a rotulá-lo de “modismo intelectual”, criticando a falta de coerência das propostas por ele formuladas.

Na esteira de ácidas críticas, é possível destacar a doutrina de Ramos, que, sublinhando a “fragilidade teórica do neoconstitucionalismo”, assinala:⁶

A referência ao marco histórico do neoconstitucionalismo não revela nada que permita distingui-lo do constitucionalismo *tout court*, vale dizer, da proposta de se assegurar estabilidade (segurança jurídica) e dinamismo (liberdade) ao sistema político democrático, a partir de Constituições documentais e rígidas. O Estado constitucional de Direito consolidou-se em períodos históricos diversificados, em relação a cada sociedade política, usualmente coincidindo com a consolidação do próprio sistema político democrático, não existindo fundamento algum para se afirmar que se trata de um fenômeno simultâneo e de abrangência universal, contemporâneo às últimas décadas do século XX. Quanto ao marco filosófico, intitulam-se os neoconstitucionalistas de pós-positivistas, como se o positivismo jurídico, com as renovações por que passou e continua passando, tivesse deixado de ser o modelo dominante nos domínios da Teoria do Direito e, conseqüentemente, da Dogmática Jurídica (...) Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilhantismo intelectual dos que a utilizam) (...) A despeito das deficiências jurídico-institucionais vivenciadas no passado, refletindo o subdesenvolvimento socioeconômico do País, o Direito Constitucional brasileiro não começa com a Constituição de 1988, tendo prestado relevantes contribuições sob a Constituição de 1824 e as republicanas de 1891 (basta lembrar a “teoria brasileira do *habeas corpus*”), 1934 e 1946. Não há, assim, que se falar em “pré-história constitucional brasileira”, antes do advento do “neoconstitucionalismo” (...)

Essa corrente refratária, assim, rejeita a alcunha ineditista atribuída ao neoconstitucionalismo, reputando tratar-se este movimento de um jusnaturalismo atenuado, em que se enaltecem o moralismo jurídico e a ética a fim de permitir o relativo sobrepujamento da frieza e da objetividade do direito posto e cujo objeto não diverge, com consistência, do campo de estudo do constitucionalismo clássico.

Igualmente demonstrando bastante ceticismo, Nojiri salienta inexistir uma oposição entre o antigo constitucionalismo e o hodierno constitucionalismo e refuta a existência de uma

⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280-284.

nova teoria do direito constitucional capaz de justificar o “novo paradigma” propalado pelos neoconstitucionalistas:⁷

A partir da compreensão do significado conceitual do constitucionalismo, clássico ou tradicional, necessita-se saber qual o alcance de sua proclamada superação pelo neoconstitucionalismo. Em outras palavras: há uma relação de contrariedade entre o constitucionalismo clássico e o novo constitucionalismo? O neoconstitucionalismo, na realidade, não se opõe a todos os pontos fundamentais do constitucionalismo, como se poderia supor à primeira vista. Ele não questiona a superioridade da constituição, ao contrário, afirma que há um “efeito expansivo” das normas constitucionais cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, o que leva conseqüentemente à crença de que também não é contra o controle de constitucionalidade das leis (seja pela via concreta ou difusa). Da mesma forma, o neoconstitucionalismo não se opõe a sistema de proteção dos chamados direitos humanos, chegando mesmo a pregar sua incorporação.

A compreensão supradestacada é compartilhada por Ferreira Filho, para quem os ideários enunciados por esse novo movimento, consistentes, em suma, no pós-positivismo, na normatividade dos princípios, na força normativa da Constituição, na valoração dos direitos fundamentais, na nova hermenêutica e na constitucionalização do direito, já teriam sido consagrados há bastante tempo. Adverte ele:⁸

Já a doutrina do neoconstitucionalismo – ao menos nos ensinamentos que apreendi – não se sustenta. O seu pós-positivismo – peça central do modelo – é simplista e não traz inovações, mas usa, sem dizê-lo, de ideias há muito conhecidas no plano do direito. Na verdade, para o bem da causa, a doutrina anterior é referida de modo caricatural e simplista, quando não convenientemente ignorada. O neoconstitucionalismo à brasileira – apesar da sustentação científica de sua principal estrela – não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ela serve de instrumento para implantar o politicamente correto, “reformatar” o mundo e, de passagem, o país, num arremedo de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx).

Nesse particular, registre-se não olvidar este trabalho os posicionamentos antagônicos entre os que prestigiam e os que subvalorizam o potencial do movimento neoconstitucionalista, chegando esses últimos, inclusive, a contestar a existência do fenômeno.

⁷ NOJIRI, Sérgio. *Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 47-48.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 165, 2009.

Sem embargo, entende-se ser despiciendo tecer maiores considerações a respeito disso, porquanto, qualquer que seja o entendimento reputado mais conveniente às exigências do constitucionalismo contemporâneo, não se pode perder de vista que todas essas compreensões, de um jeito ou de outro, admitem que as contingências hodiernas tocantes ao estudo do direito constitucional são outras e que os aspectos culminantes destacados pelo neoconstitucionalismo, independentemente da denominação que se lhe dê e da construção teórica que a ele subjaz, são bastante relevantes e precisam ser estudados por todos que se preocupam com as implicações práticas do tema.

A partir do início do século XXI, a doutrina enceta a desenvolver novas perspectivas em referência ao constitucionalismo, denominadas, como acima se assinalou, “neoconstitucionalismo” ou mesmo, acrescente-se, “constitucionalismo pós-moderno”.

Lastreado, eminentemente, no Estado Constitucional de Direito que se consolida a partir do término da Segunda Guerra Mundial e aperfeiçoa-se no último quarto do século XX, tendo como característica principal a mudança paradigmática oferecida a partir da reinterpretção do Direito sobre a lente da Constituição, as variadas transformações ocasionadas por tal fenômeno costumam ser discriminadas em três marcos fundamentais, que definem a trajetória do direito constitucional para esse atual estágio considerado, por muitos, “novo”: o histórico, o filosófico e o teórico.

Costuma-se apontar, como marco histórico do novo direito constitucional, o constitucionalismo do pós-guerra, sobretudo na Alemanha e na Itália. A reestruturação jurídico-política da Europa e sua conseqüente reconstitucionalização, logo após a Segunda Guerra Mundial e no decorrer da segunda metade do século XX, reaproximaram as ideias de constitucionalismo e democracia e conceberam o modelo do Estado Democrático de Direito.

O principal lastro desse processo de desenvolvimento foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, a qual, somada à instalação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1951, desencadeou riquíssima produção teórica e jurisprudencial responsável pela supervalorização do texto constitucional. Diz Barroso:⁹

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 354-355.

doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os poderes estatais.

Destacam-se, ademais, com a Lei Fundamental de Bonn, a Constituição da Itália, de 1947, e, já na década de 1970, a retomada constitucional de Portugal e Espanha. Superou-se, a partir de então, a vetusta ideia de Constituição como documento meramente político, desvestido de eficácia jurídica e, pois, impassível de imediata aplicação. O texto fundamental, em absoluto, ganha maior significação.

No Brasil, o marco histórico é a Constituição da República de 1988, símbolo do processo de redemocratização iniciado depois de findos os anos da ditadura militar. Representa a Carta o despertar da democracia, esquecida durante as duas décadas do regime autoritário, marcado pela constrição dos direitos fundamentais e pelo desprezo a quaisquer outros reflexos do ideal de liberdade.

A recente Constituição tem permitido, de fato, a subsistência, sem rupturas, das liberdades democráticas, num ambiente de estabilidade institucional em que se valorizam, paulatinamente, os princípios constantes do documento político fundamental.

O texto refletiu os anseios de liberdade e democracia de todo o povo, pavimentando-se como marco inicial da restauração do Estado Democrático no Brasil e reafirmando os direitos fundamentais, especialmente os de cidadania, firmando-os a partir de novas bases de valores e buscando realizá-los a partir do cumprimento de objetivos específicos.

A Carta foi novidade no estabelecimento de um novo constitucionalismo brasileiro, definindo a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, cuja concepção pode ser alcançada em seu conteúdo transformador da realidade.

Nesse ponto, ao lado do núcleo liberal vinculado à questão social, a atuação do Estado passa a objetivar uma mudança do *status quo*, com a lei como instrumento de alteração efetiva do fato social, conjugando-se a função promocional do Estado Social com o papel de transformador das relações comunitárias, como já se antecipou.

O processo democrático que a Carta simboliza teve a virtude, assevere-se, de consolidar o mais longo período de estabilidade política de nossa história, o que é produto, também, do sentimento constitucional que ela ajuda a contemplar, em virtude do maior respeito e do maior enaltecimento recebidos pelo documento.

No que alude ao marco filosófico do neoconstitucionalismo, impõe-se destacar o pós-positivismo, situado, teoricamente, entre o jusnaturalismo e o positivismo e considerado, de certo modo, uma terceira alternativa entre tais opostas correntes de pensamento, porquanto:¹⁰

(...) não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.

A doutrina do pós-positivismo busca inspiração nos ideais de justiça e na legitimação democrática, objetivando a consecução de uma leitura moral da Constituição e das demais normas, não desprezando o direito objetivamente posto pelo positivismo, mas, ao mesmo tempo, sem recorrer aos conceitos fluidos e abstratos do jusnaturalismo.

É importante lembrar, uma vez mais, entendimento de parte da doutrina que contesta esse reputado avanço teórico propagado pelo pensamento neoconstitucionalista:

Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam). Nesse ponto, não tiveram a coragem e a capacidade teórica de Dworkin, que não apenas assume o seu antipositivismo, como, também, oferece-lhe uma alternativa teórica (o direito como integridade), da qual se pode (e, a meu ver, se deve) discordar, mas não se pode negar a consistência. Vislumbram-se no esboço propositivo neoconstitucionalista as tintas de um fluido moralismo jurídico, que “não despreza o direito posto”, mas que o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem. Cuida-se sim de um jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categorias metafísicas ou do subjetivismo axiológico, para buscar na racionalidade argumentativa (à Alexy) ou na experiência histórica (à Dworkin) um mínimo de objetividade

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

ética que permita a superação (em determinadas circunstâncias, apenas) da objetividade do direito legislado.¹¹

Outras compreensões, da mesma forma, repugnam a utilização desses novos influxos e afirmam inexistir qualquer novidade nas asseverações proclamadas pelo neoconstitucionalismo, que representaria arcabouço teórico repetitivo de fatos já delineados no passado. Assim:¹²

(...) um exame detido indica que o termo “pós-positivismo” não é exato nem do ponto de vista cronológico. As críticas ao positivismo jurídico não constituem um fato novo, pois estão sendo repetidas, pelo menos desde finais do século XIX. Além disso, muitas das teorias apontadas como pós-positivistas são anteriores à formulação de análises positivistas atuais das últimas décadas (...) No que diz respeito ao conteúdo das propostas dos partidários do pós-positivismo no Brasil, fica claro que se trata de uma retomada da visão idealista do direito.

Sem embargo, como já se destrinchou, o intuito percebido é a elaboração de uma nova hermenêutica, assente no desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais baseada nos princípios constitucionais e na tentativa de reaproximar o Direito da Ética e os enunciados das leis de sua axiológica interpretação.

Nesse enfoque, avulta a busca pelo reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia, espalhando-se, por todo o ordenamento jurídico, os valores morais socialmente difundidos, inseridos, igualmente, na Lei Maior.

Assumem relevo alguns princípios que, a despeito de não se revelarem exata novidade, têm sido, cada vez mais, estudados, com relevante alcance prático na atualidade jurídica. É o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja travessia do campo ético para o cenário jurídico operou-se, de maneira paulatina, após a Segunda Guerra Mundial, passando ele a constar de importantes documentos internacionais, tais como a Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, e as Constituições italiana, de 1947, alemã, de 1949, portuguesa, de 1976, e espanhola, de 1978. Em nosso país, a Constituição Federal de 1988 o prevê como um dos fundamentos da República em seu art. 1º, III (Brasil, 1988).

O princípio representa o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais do ordenamento, conferindo-lhes unidade de sentido e de valor e inspirando a interpretação e

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281.

¹² DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 51.

aplicação de todos os dispositivos jurídicos; legitima a ordem jurídica e constitui valor-fonte do direito, incitando o tratamento de cada ser humano como um fim em si mesmo e priorizando o “ser” ao ter”, a fim de demarcar a primazia do homem sobre o Estado.

Para Sarmento, o princípio da dignidade da pessoa humana qualifica-se como o “epicentro axiológico da ordem constitucional”, pulverizando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.¹³ O princípio seria o mais relevante de todo o sistema, por constituir alicerce da ideia de que todas as pessoas são iguais e titulares do direito a um tratamento igualmente digno. Nesse sentido, preleciona Barroso:¹⁴

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

O valor constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana simboliza seu potencial de alimentar e atravessar todos os direitos fundamentais, os quais, em maior ou menor intensidade, revelar-se-iam suas concretizações.

Fim e fundamento do Estado Democrático, o princípio serve de norte para a conduta estatal, que, concomitantemente, deve perseguir os valores que ele representa e impedir que estes restem violados. Serve de orientação, também, para os particulares, que devem pautar-se pela conduta de moral, ética, respeito e tolerância que tal princípio busca difundir.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem em seu âmago, outrossim, a proteção do mínimo existencial, que identifica o conjunto de bens e necessidades básicas idôneas à subsistência material e moral do indivíduo, seja, pois, no que tange à sua capacidade de gozar outros direitos, seja no que tange à sua própria sobrevivência. Abaixo de determinado

¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.110.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252.

patamar, que abrangeria, ao menos, um mínimo substancial de renda, educação e saúde, não haveria dignidade.

O mínimo seria, para alguns, o núcleo essencial dos direitos sociais em sua condição de direitos fundamentais e não se confundiria com o mínimo vital ou de sobrevivência, o qual tem a ver com a garantia da vida humana sem o necessário atingimento de condições dignas. Com efeito, “não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente”.¹⁵

Outro princípio que ganha destaque nesse contexto de valorização da principiologia ínsita ao marco filosófico do neoconstitucionalismo é o da proporcionalidade ou da razoabilidade, conceitos, na verdade, muito próximos e cuja distinção não traz grande importância. Tal princípio, por alguns considerado critério de decisão, constitui produto dos princípios do devido processo legal substancial, do direito norte-americano, e do princípio da proporcionalidade do direito alemão.

Enlaçado com a ideia de relação racional entre meios e fins, impõe-se ele tanto ao administrador quanto ao legislador, que devem respeitar e atentamente observar os três subprincípios que o caracterizam, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Por ser o princípio da proporcionalidade passível de aplicação bastante subjetiva, seus subprincípios têm servido para orientar o intérprete no mecanismo desse controle de discricionariedade do Legislativo e da Administração, pois se, por um lado, admite-se a vasta gama de compreensões possíveis para o que seja razoável conforme o equilíbrio, a moderação ou o senso comum, por outro, não se pode desprezar a importância do princípio para a consecução de racionalidade e justiça e para a rejeição a atos arbitrários ou desmedidos, do que resulta a imprescindibilidade de encontrar maneiras de permitir-lhe o mais adequado manejo possível.

Nessa linha, é elemento da razoabilidade a adequação entre o meio utilizado e o fim perseguido, vale dizer, a compatibilidade da medida empregada para a produção do resultado

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 334.

esperado. Igualmente, a necessidade ou a exigibilidade da medida, impondo-se verificar a inexistência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados.

Por fim, o princípio deve abranger a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, compreendida esta como a ponderação entre o gravame imposto por tal medida e o benefício por ela trazido. Em apertada síntese, pois:¹⁶

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechtin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), “fundamentalmente inadequado” (*grundsätzlich ungeeignet*) ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*). O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos (...) De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingimento e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*).

O princípio, ou critério, como se preferir, da proporcionalidade é tributário, também, do aspecto material do conceito de isonomia, “como critério de justa medida de distribuição dos direitos e deveres sociais”, tendo valia como instrumento de ponderação entre valores constitucionais conflitantes, contribuindo para a resolução da problemática referente ao choque de interesses eventualmente contrapostos, que reclamam do intérprete uma solução num contexto em que mais de uma resposta é, em tese, possível. Pondera-se, pois, ou contrabalança-se, no afã de um resultado legítimo e racional.¹⁷

Por derradeiro, importa assinalar alguns aspectos relacionados ao processo de constitucionalização, inseridos no marco teórico do neoconstitucionalismo, responsável por algumas transformações no conhecimento convencional acerca do direito constitucional nos últimos anos: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a influência da Constituição sobre as relações privadas, a expansão da jurisdição constitucional e a revolução da interpretação do ordenamento magno.

¹⁶ BRANCO; Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 682.

No tocante ao reconhecimento da força normativa e vinculante do texto constitucional, é preciso esclarecer, primeiramente, que a Constituição, antes apenas considerada um repositório de conselhos políticos, figurou, por tempos, como um documento meramente retórico, desvestido de aplicabilidade direta e, por conseguinte, da qualidade de norma jurídica.

Tal concepção, porém, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, desfalece, e a Lei Maior passa a ter uma força normativa reconhecida, que se assenta no caráter vinculativo e obrigatório de seus enunciados. Nesse cenário de reconhecimento da Constituição como norma, ressalta Pedra:¹⁸

Força normativa da Constituição, normatividade da Constituição ou força vinculante da Constituição são expressões que significam que a Constituição é uma lei vinculativa, dotada de efetividade e aplicabilidade. A força normativa da Constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a Constituição, sendo uma lei, deve ser aplicada. Afasta-se assim a tese generalizante aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à Constituição um “valor declaratório”, “uma natureza de simples direção política”; um caráter programático despido de força jurídica. A eficácia é assim o impulso que a Constituição tem para sair da seara abstrata e transmutar-se em fatos (grifos do autor).

Isso advém, logo, da consolidação do *status* de normas jurídicas pelas normas constitucionais, deixando a Constituição de ser mera sugestão e convertendo-se em texto de caráter vinculativo e obrigatório. O que antes era desprezado, portanto, hoje é até mesmo trivial: as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de plena imperatividade.

No que atine à influência da Lei Maior sobre as relações privadas, frise-se ter isso relação com a própria incidência dos direitos fundamentais na convivência entre os particulares, ultrapassando-se a noção de que os titulares de tais direitos podem invocá-lo apenas em face do Estado.

Como corolário, pois, desse processo de constitucionalização, ganha realce a afirmação de que seria incoerente conceber a validade dos direitos fundamentais apenas nas relações entre o cidadão e o poder público, considerando-os inoperantes no âmbito dos vínculos firmados pelos particulares.

¹⁸ PEDRA, Anderson Sant’Ana. A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. In: AGRA, Walber de Moura (Org.); CASTRO, Celso Luiz Braga de (Org.); TAVARES, André Ramos (Org.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 50.

Da constatação da plena eficácia da Constituição na sociedade civil resulta, portanto, que as normas constitucionais devem ser imediatamente respeitadas em todas as relações dos indivíduos, não apenas diante do Estado, mas também frente a outros grupos particulares ou mesmo em face de cidadãos individualizados, de modo que o exercício das liberdades públicas deve ser salvaguardado mesmo no interior dos diferentes organismos sociais.

Sem prejuízo das acirradas discussões travadas por distintos teóricos da teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, sobre as quais não cabe aqui se debruçar, é preciso esclarecer que a forma e a intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não podem ser similares às que se operam na relação com o Estado, porquanto os atores privados são titulares primários de direitos fundamentais e revestem-se da contundente proteção que se confere à sua autonomia, sendo este o ponto-chave das controvérsias que envolvem o tema. Pondera, nessa esteira, Sarmento:¹⁹

Com efeito, qualquer posição que se adote em relação à controvérsia em questão não pode se descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988 e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF), e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição, apesar da irrisignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada. Ela não se baseia nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares.

Para o autor, isso denota que é possível, em absoluto, depreender do recente texto constitucional a adoção da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, reconhecendo-se, ademais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, acima delineado, que, afora essa vinculação direta dos particulares, tem o Estado o dever de proteger os cidadãos de lesões e ameaças aos seus direitos fundamentais perpetradas por terceiros.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.279.

A desigualdade e a injustiça que grassam na sociedade brasileira, convém dizer, podem justificar o favorecimento que a doutrina e os tribunais brasileiros têm dado para a aplicação da eficácia horizontal, pois, num país de excluídos, onde subsiste a hegemonia dos poderes privados em detrimento da hipossuficiência do cidadão comum, encontrar maneiras de equilibrar a relação jurídica, mormente a partir da realização dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, é bem-vindo, sobretudo no intuito de materializar os objetivos proclamados na Constituição Federal, especialmente o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, do texto).

Quanto à expansão da jurisdição constitucional, convém destacar que, a partir do final da década de 40 do século XX, a evolução constitucional implicou não somente novos textos, mas também um novo modelo: o da supremacia da Constituição, cuja proteção passou a ser atribuída, com maior ênfase, ao Poder Judiciário, como é o caso da criação dos tribunais constitucionais da Alemanha (1951) e da Itália (1956).

No Brasil, a jurisdição constitucional expandiu-se, efetivamente, a partir do texto de 1988, a despeito da existência do controle difuso de constitucionalidade desde 1891, com a Constituição Republicana. É que apenas em 1988 houve a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, introduzido pela Emenda Constitucional nº. 16, de 1965, ao que se somou a criação de novos mecanismos de controle abstrato, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), permitindo às minorias políticas e a outros segmentos sociais significativos a utilização dessa ferramenta de legitimação constitucional.

Por fim, é preciso sublinhar, no que concerne à reestruturação da interpretação constitucional, que a consolidação do constitucionalismo democrático implicou grande impacto sobre a hermenêutica jurídica geral e mormente sobre a hermenêutica da Constituição.

Em virtude do princípio da supremacia constitucional, tem-se que a exegese de toda e qualquer norma haverá de ter como parâmetro a Constituição, alterando o papel da norma e do intérprete quanto aos seus limites e às suas possibilidades.

Descobriram-se novas perspectivas e novas teorias, alargando o campo de estudo da interpretação do direito, com a introdução de novos métodos, critérios e institutos voltados

a atribuir legitimidade, sentido e eficácia à reelaboração doutrinária da interpretação constitucional. Nesse diapasão:²⁰

Foram afetadas premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da norma, suas possibilidades e limites, e ao papel do intérprete, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional delineados ao longo do tempo, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias. Nesse universo em movimento e em expansão, incluem-se categorias que foram criadas ou reelaboradas, como os modos de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais.

Não há espaço, infelizmente, neste trabalho para o riquíssimo e vasto estudo acerca da interpretação constitucional. As peculiaridades das fundamentações teóricas dessa nova exegese que aflora e as importantes aplicações práticas que dela podem derivar serão apenas, aqui ou ali, comentadas, sem que, por imperativo didático, seja alcançado um aprofundamento.

De toda sorte, é possível definir o movimento neoconstitucionalista como um conjunto de alterações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, transformando a maneira de examinar o texto constitucional e seu papel na compreensão do ordenamento jurídico. Passa a Constituição, a partir da revolução paradigmática que tal fenômeno proporciona, a ter uma força normativa reconhecida, assentada no caráter vinculativo e obrigatório de seus enunciados.

Este trabalho entende, sem embargo de respeitabilíssimos entendimentos divergentes, que o fenômeno subsiste e constitui realidade cujas nuances devem ser apreendidas por todos que se preocupam com o estudo do direito constitucional efetivo.

Com efeito, as profundas alterações no estudo convencional da disciplina derivam dos novos influxos que atingem esse novo constitucionalismo, sem que seja fundamental

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 266.

aquilatar, com base em formalismos doutrinários e em reflexões jurídico-filosóficas, se se trata de circunstância inédita ou consequência de um movimento que já se encetava.

2 Impactos do neoconstitucionalismo sobre a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal – STF.

Analisadas as considerações expendidas no capítulo anterior, importa verificar, neste momento, em que medida esse intitulado movimento contemporâneo tem contribuído para influenciar o corpo de decisões judiciais, especialmente representadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Na esteira da politização da justiça, ou, para muitos, da judicialização da política, circunstância tão inevitável quanto ascendente, não são poucas as críticas dirigidas ao Poder Judiciário, quase todas propalando a existência contemporânea de uma conduta judicial desmedida e, por conseguinte, a necessidade de conter-lhe a atuação.

A celeuma não é recente, mas avulta em importância sempre que, no dia a dia das instituições, algum departamento estatal assume destaque de extremo relevo e encarrega-se de realizar tarefas naturalmente afetas a outros poderes. Revela-se indene de dúvidas que se está a falar aqui, especialmente, de nossa Corte judicial máxima.

Inúmeras projeções da casuística do STF têm impactado, diretamente, o funcionamento dos órgãos políticos brasileiros, contribuindo, em paralelo, para oferecer respostas a uma sociedade que, cada vez mais, subsiste atenta e esperançosa no que se refere à extensão e aos limites dos exercícios práticos da jurisdição.

Se, por um lado, não se descarta da constatação de que a inércia e a letargia, estratégica ou atávica, dos poderes convencionalmente tachados de representativos da República resultam numa atuação praticamente inevitável dos órgãos jurisdicionais, por outro, insta compreender que a imposição de freios legítimos e criteriosos a um poderio estatal constitui uma excelente forma de prestigiar as inerências do Estado de Direito e da própria coletividade, sabido que esta representa o outro lado da moeda, como se verá mais detidamente no último capítulo deste trabalho.

Como já assinalado, o arcabouço jurisprudencial do STF tem sido pródigo na existência de decisões que, a partir da aplicação veemente da principiologia constitucional, ínsita ao marco teórico do neoconstitucionalismo, qualificam-se como inovadoras ou

vanguardistas, na medida em que, muitas vezes, alargam o campo semântico das leis ou engendram dispositivos relativamente heterodoxos.

De fato, ao irradiar interpretações que o constituinte, nitidamente, não agasalhou e ao expedir provimentos condenatórios extraordinários em desfavor dos Poderes Legislativo e Executivo, o STF eleva-se a um protagonismo tão aplaudido quanto repudiado, conforme, de logo, ver-se-á.

Caso relevante foi enfrentado no STF em sede de mandados de segurança (números 26602, 26603 e 26604) impetrados por partidos políticos em virtude de resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE à Consulta 1.398, na qual esta Corte reconheceu que os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional se, não ocorrendo razão legítima, registrar-se o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa daquela do candidato eleito por outro partido.

Explicitamente, consignou o Supremo que, a despeito de a Constituição atual, diferentemente do que aduzia a de 1969, não prescrever a perda de mandato ao parlamentar que solicite cancelamento de filiação partidária ou transfira-se para uma legenda após eleito por outra, o direito reclamado pelos partidos políticos afetados pela infidelidade partidária seria produto direto do próprio texto fundamental. Segue ementa do julgado 26604:²¹

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO PARTIDO DOS DEMOCRATAS - DEM CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. NATUREZA JURÍDICA E EFEITOS DA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - TSE NA CONSULTA N. 1.398/2007. NATUREZA E TITULARIDADE DO MANDATO LEGISLATIVO. OS PARTIDOS POLÍTICOS E OS ELEITOS NO SISTEMA REPRESENTATIVO PROPORCIONAL. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. EFEITOS DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA PELO ELEITO: PERDA DO DIREITO DE CONTINUAR A EXERCER O MANDATO ELETIVO. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO POR ILÍCITO E SACRIFÍCIO DO DIREITO POR PRÁTICA LÍCITA E JURIDICAMENTE CONSEQÜENTE. IMPERTINÊNCIA DA INVOCAÇÃO DO ART. 55 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO DO IMPETRANTE DE MANTER O NÚMERO DE CADEIRAS OBTIDAS NA CÂMARA DOS DEPUTADOS NAS ELEIÇÕES. DIREITO À AMPLA DEFESA DO PARLAMENTAR QUE SE DESFILIE DO PARTIDO POLÍTICO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL:

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança* no. 26604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJE publicação 03/10/2008.

MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO E PARCIALMENTE CONCEDIDO. 5. No Brasil, a eleição de deputados faz-se pelo sistema da representação proporcional, por lista aberta, uninominal. No sistema que acolhe - como se dá no Brasil desde a Constituição de 1934 - a representação proporcional para a eleição de deputados e vereadores, o eleitor exerce a sua liberdade de escolha apenas entre os candidatos registrados pelo partido político, sendo eles, portanto, seguidores necessários do programa partidário de sua opção. O destinatário do voto é o partido político viabilizador da candidatura por ele oferecida. O eleito vincula-se, necessariamente, a determinado partido político e tem em seu programa e ideário o norte de sua atuação, a ele se subordinando por força de lei (art. 24, da Lei n. 9.096/95). Não pode, então, o eleito afastar-se do que suposto pelo mandante - o eleitor -, com base na legislação vigente que determina ser exclusivamente partidária a escolha por ele feita. Injurídico é o descompromisso do eleito com o partido - o que se estende ao eleitor - pela ruptura da equação político-jurídica estabelecida. 6. A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional. 7. A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovemento automático do cargo. A licitude da desfiliação não é juridicamente inconsequente, importando em sacrifício do direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie. 8. É direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. 9. É garantido o direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie de partido político. 10. Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos. Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007. 11. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido.

Lastreou-se a tese vencedora, no ponto, especialmente nos fundamentos e nos princípios estruturantes apoiadores do Estado Democrático de Direito (soberania, cidadania e pluralismo político, plasmados no art. 1º, I, II e V, da CF), não se olvidando, nos debates, do rol taxativo de causas de perda de mandato elencadas no art. 55 do diploma, no qual não se insere a desfiliação partidária.

Discussão igualmente importante ocorreu no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, que envolveu a temática das relações homofetivas e das entidades familiares. Embora tenha constado da fundamentação do relator – Min. Ayres Britto – que a circunstância de o art. 1723 do Código Civil, explicitamente, aludir à entidade familiar como a união estável entre

homem e mulher não impede o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como digna da mesma proteção, soa indene de dúvidas o alargamento judicial do texto legal:²²

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* no. 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE publicação 14/10/2011.

sexual das pessoas. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Na hipótese, registrou o Supremo que a solução alvitrada conferiria concretude aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e de outros, atribuindo-se efeito vinculante à obrigatoriedade de reconhecimento como entidade familiar da junção entre pessoas do mesmo sexo.

Na ADPF 54, o Tribunal julgou procedente pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP.

Decidiu-se, com fulcro, principalmente, na dignidade da pessoa humana, na autodeterminação, no usufruto da vida, na liberdade, na saúde, nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, que o tipo penal do aborto diz com a interrupção de vida em

desenvolvimento e que a anencefalia não se harmoniza com as nuances que consubstanciam a noção de vida para o direito. Inferiu-se do voto do relator:²³

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura [109] ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

Nos debates, ficaram vencidos o Min. Ricardo Lewandowski e o Min. Cezar Peluzo, tendo o primeiro, expressamente, mencionado que o Código Penal brasileiro isentara da pena, de modo excepcional, o aborto somente nas hipóteses de aborto necessário e aborto sentimental (art. 128, I e II, do CP), de modo que não poderia o Judiciário atuar como legislador positivo e violar a soberania do Legislativo, Casa na qual o consenso sobre o tema sequer havia se estabelecido.

De maneira muito emblemática, vale a lembrança, empreendeu-se o julgamento da PET 3388, na qual o Supremo declarou a validade da Portaria 534, de 13.4.2005, do Ministro de Estado da Justiça, que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e do Decreto Presidencial de 15.4.2005, que a homologou.

Extremamente minudentes revelaram-se as condições estabelecidas nos votos vencedores, as quais delinearão verdadeiros enunciados normativos e regime jurídico aplicáveis à área demarcada, a partir da fixação de dezenove ressalvas à atuação dos poderes

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* no. 54/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJE publicação 30/04/2013.

estatais e aos direitos das comunidades indígenas. O sítio de notícias do Tribunal assim registrou o julgamento:²⁴

Quanto ao mérito, prevaleceu o voto do Min. Carlos Britto, relator, que assentou a condição indígena da área demarcada como Raposa/Serra do Sol, em sua totalidade, tendo o Tribunal aprovado, ainda, a partir das explicitações feitas pelo Min. Menezes Direito, as seguintes condições: 1) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (CF, art. 231, § 2º) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da CF, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; 2) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; 4) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; 6) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; 7) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; 8) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, as tradições e os costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; 10) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 11) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; 12) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não podem ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Petição* no. 3388/RR, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJE publicação 01/07/2010.

excluídos expressamente da homologação ou não; 14) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios; 15) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos artigos 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; 17) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis; 19) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Determinou-se, por fim, a execução imediata do acórdão, independentemente da sua publicação, ficando cassada a medida cautelar concedida na ação cautelar 2009/RR, por meio da qual se suspendera a desintração dos não-índios das áreas demarcadas. Deliberou-se, ainda, que a supervisão da execução caberá ao Min. Carlos Britto, relator, que fará essa execução em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente o seu Presidente. Quanto à condição 17, fizeram ressalva os Ministros Carlos Britto, relator, Eros Grau e Cármen Lúcia. O relator, no ponto, tendo em conta o marco temporal adotado pela maioria da Corte, admitia a ampliação de terras indígenas demarcadas antes da Constituição de 1988. Ficaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava o pedido improcedente, e Marco Aurélio, que o julgava procedente. O Min. Marco Aurélio, preliminarmente, declarava a nulidade do processo, apontando a ausência de: 1) citação das autoridades que editaram a Portaria 534/2005 e o Decreto homologatório; 2) citação do Estado de Roraima e dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia; 3) intervenção oportuna do Ministério Público na instrução da ação popular; 4) citação de todas as etnias indígenas; 5) produção de provas; 6) intimação dos detentores de título de propriedade. Relativamente ao mérito, fixava os seguintes parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, ao fundamento de ser nula a anterior: 1) audiência de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada; 2) audiência de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas; 3) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo-se como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deveriam subscrever o laudo a ser confeccionado; 4) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deveria se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório; 5) audiência do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira.

Importa observar que, conquanto tenham os Ministros destacado que a decisão proferida na ação popular não vincularia juízes e tribunais quanto ao exame de outros processos

relativos a terras indígenas diversas, a própria Corte não deixou de assentar que o pronunciamento, por derivar de interpretação constitucional do mais alto Tribunal do país, serviria de diretriz hermenêutica relevante e, pois, de elevado ônus argumentativo em casos semelhantes nos quais se pudesse imaginar a superação de suas razões.

Sublinhe-se não terem sido poucas as vozes que se manifestaram no sentido de que se cuida de julgamento bastante simbolizador da posição do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo no cenário das instituições republicanas, dados os parâmetros de propensão abstrata arbitrados na decisão.

Paralelamente, enfatize-se o julgamento da Questão de Ordem – QO – nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, de relatoria do Min. Luiz Fux, em que se estabeleceu a modulação dos efeitos ao regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº. 62/2009 e conferiu-se eficácia prospectiva à decisão anterior da Corte.

Na hipótese, após a declaração de inconstitucionalidade anotada pelo Supremo, alguns Tribunais de Justiça da Federação, declarando-se ainda mais incapazes de proceder ao cumprimento de suas obrigações de pagamento, paralisaram os trâmites dos processos de precatórios até a modulação, pelo STF, dos efeitos da decisão, o que culminou em fortificar o infortúnio dos credores estatais e a insegurança jurídica, dada a não satisfação dos créditos existentes.

Tal circunstância fez a entidade autora dos processos objetivos narrados – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – propor uma nova apreciação do caso pela Corte, a qual decidiu por determinar aos Tribunais do país a continuidade dos pagamentos, mantendo-se a aplicação do regime constitucional anterior, já declarado, frise-se, inconstitucional:²⁵

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 4425 QO/DF*, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJE publicação 04/08/2015.

DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. 4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado. 5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT). 6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório. 7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, nítida e incontroversamente, como restou admitido pela própria OAB e pelos Tribunais envolvidos, não resolveu o problema. A inviabilidade de uma solução pela fulminação da Emenda Constitucional 62 foi sustentada, à

época, especialmente pelos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que defenderam a presunção de legitimidade do poder reformador no ponto em que procurou solucionar a complexa problemática dos precatórios e de seu respectivo pagamento pelos entes estatais.

O Min. Toffoli, em seu voto, chegou a destacar que a finalidade primordial da emenda, rechaçada pelo STF, foi a de “viabilizar meios eficazes de pagamento dos precatórios vencidos pelos entes federativos”, de modo que a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal – que restou efetivada – implicaria um retorno ao sistema de pagamento da modalidade constitucional anterior, com graves prejuízos aos planejamentos operados pela Fazenda, conforme, de fato, verificou-se.

O Min. Gilmar Mendes, no julgamento da Questão de Ordem, advertiu o Tribunal sobre a necessidade, com a modulação, de lidar com as consequências de sua própria decisão, para ele um “grave erro judiciário”. Para o Ministro, o ativismo da Corte no caso em vertente sobrepujou os meandros institucionais e jurídicos com que o Congresso Nacional estava a tratar do tema.

O Min. Marco Aurélio, por sua vez, no enfrentamento da mesma QO, teceu uma miríade de considerações a respeito da imprescindibilidade de o Tribunal atuar com autocontenção, evitando assumir as vezes do Poder Legislativo.

O provimento final, como já antecipado, operou-se a favor da modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, com a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 e, inclusive, a delegação de competência ao Conselho Nacional de Justiça para a apresentação de proposta normativa nos parâmetros estabelecidos no voto vencedor.

Na mesma linha, vale destacar a decretação, pela Corte Suprema, da prisão preventiva do Senador Delcídio do Amaral no exercício de suas prerrogativas institucionais, em caso emblemático de interpretação do texto constitucional a partir de uma fática contingência (AC 4039).

Nas razões da decisão, proferida pelo Min. Teori Zavascki e ratificada, unanimemente, pela Segunda Turma do Tribunal, é possível vislumbrar a assertiva sobre a

inviabilidade de interpretar isoladamente o art. 53, §2º, da CF, respeitante à prisão de parlamentar.²⁶

A mencionada incoercibilidade pessoal dos congressistas configura-se, por conseguinte, como garantia de natureza relativa, uma vez que o Texto Constitucional excepciona a prisão em flagrante de crime inafiançável, como exceção à regra geral da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares. A própria realidade, porém, vem demonstrando que também o sentido dessa norma constitucional não pode decorrer de interpretação isolada, do que confere exemplo eloquente o seguinte precedente desta Corte: ‘[...] Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, §2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina [...]’.

Invocaram-se, a partir de voto proferido pela Min. Cármen Lúcia no HC 89417, de 2006, os princípios constitucionais da República, da igualdade, da moralidade e da democracia, afastando-se, de maneira excepcional, a aplicação do dispositivo sobredito e autorizando-se a prisão cautelar do Senador:

Tal como a autonomia da vontade, que é encarecida como expressão da liberdade individual e que, por vezes, é amparada pela decisão judicial por ausência de condições da pessoa para manifestar livremente a sua vontade, nos termos da legislação civil vigente e que é dessa forma aparentemente (e apenas aparentemente) contraditória que se garante a liberdade, também para garantir a vida constitucional livre e democrática há que se aceitar que, em situações excepcionais e de anormalidade, como a que se apresenta no caso em foco, o provimento judicial, fundado, rigorosa e estritamente, nos princípios que sustentam o sistema positivado, é que se poderá garantir a integridade da Constituição. Eventualmente, há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional.

Em semelhante direção, a *excepcionalidade* circunstancial foi rememorada no voto proferido na AC 4070, que, também sob a relatoria do Min. Zavascki, impôs a suspensão do

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar no. 4039/DF*, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJE publicação 13/05/2016.

exercício do mandato e o afastamento do Deputado Eduardo Cunha, Presidente da Câmara dos Deputados.²⁷

O mandato, seja ele outorgado pelo povo, para o exercício de sua representação, ou endossado pelos demais deputados, para a liderança de sua instituição, não é um título vazio, que autoriza expectativas de poder ilimitadas, irresponsáveis ou sem sentido. Todo representante instituído nessa República tem ao menos dois compromissos a respeitar: um deles é com os seus representados; o outro, não menos importante, é com o do projeto de país que ele se obriga a cumprir ao assumir sua função pública. A sublime atividade parlamentar só poderá ser exercida, com legitimidade, se for capaz de reverenciar essas duas balizas. Se os interesses populares vierem a se revelar contrários às garantias, às liberdades e ao projeto de justiça da Constituição, lá estará o Supremo Tribunal para declará-los nulos, pelo controle de constitucionalidade. Mas não são apenas os produtos legislativos que estão submetidos ao controle judicial. Também o veículo da vontade popular – o mandato – está sujeito a controle. A forma preferencial para que isso ocorra, não há dúvida, é pelas mãos dos próprios parlamentares. Mas, em situações de excepcionalidade, em que existam indícios concretos a demonstrar riscos de quebra da respeitabilidade das instituições, é papel do STF atuar para cessá-los, garantindo que tenhamos uma república para os comuns, e não uma comuna de intocáveis [...] Decide-se aqui uma situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada. A sintaxe do direito nunca estará completa na solidão dos textos, nem jamais poderá ser negatizada pela imprevisão dos fatos. Pelo contrário, o imponderável é que legitima os avanços civilizatórios endossados pelas mãos da justiça. Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas.

Também é merecedor de menção o desfecho do julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, em que o STF discutiu a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” concernente ao sistema penitenciário brasileiro.

Na decisão, de relatoria do Min. Marco Aurélio, teceram-se inúmeras considerações sobre a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes para impedir ou atenuar as sistemáticas violações de direitos humanos perpetradas no interior dos presídios,

²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar* no. 4070/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, pendente de publicação.

ofensas que consubstanciariam transgressões à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. Realmente:²⁸

A violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas existentes. Como assevera o professor Eduardo Bastos de Mendonça, “políticas públicas são definidas concretamente na lei orçamentária, em função das possibilidades financeiras do Estado”, de forma que “a retenção de verbas tende a produzir, na melhor das hipóteses, programas menos abrangentes”. Segundo o autor, a medida mostra-se ainda mais problemática tendo em conta “que os cortes têm atingido programas relacionados a áreas em que, para além de qualquer dúvida, a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente”, como é o caso do sistema penitenciário nacional.

Na mesma linha, infere-se do voto do Min. Celso de Mello:

O fato preocupante, Senhor Presidente, é que o Estado, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado democrático de direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). O Poder Executivo, a quem compete construir estabelecimentos penitenciários, viabilizar a existência de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas do albergado, além de propiciar a formação de patronatos públicos e de prover os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, forjando condições que permitam a consecução dos fins precípuos da pena, em ordem a possibilitar “a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º, “in fine”), não tem adotado as medidas essenciais ao adimplemento de suas obrigações legais, muito embora a Lei de Execução Penal preveja, em seu art. 203, mecanismos destinados a compelir as unidades federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, inclusive fornecendo os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento (...) Nesse contexto, incumbe aos magistrados e Tribunais, notadamente aos Juízes da Corte Suprema do Brasil, o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas

²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* no. 347/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJE publicação 19/02/2016.

discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal. O Supremo Tribunal Federal possui a exata percepção dessa realidade e tem, por isso mesmo, no desempenho de suas funções, um grave compromisso com o Brasil e com o seu povo, e que consiste em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, impedindo que razões de pragmatismo governamental ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem o significado da própria Lei Fundamental.

Não esqueceu o Tribunal de asseverar que a intervenção judicial no caso justificaria-se em razão da incapacidade e da deficiência estatal permanentes, demonstradas, sobretudo, pelas instituições legislativas e administrativas no trato do tema, sem que tal conduta ativista signifique, destacou a Corte, a substituição, pelo Judiciário, do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias.

Destarte, após registrar que o Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar os demais poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias, o STF deferiu, em parte, a medida cautelar, determinando o respeito à Convenção Interamericana de Direitos Humanos no que tange à necessidade de previsão das audiências de custódia e condenando a União a liberar as verbas do Fundo Penitenciário Nacional e abster-se de realizar novos contingenciamentos.

Na mesma seara, vale citar as anotações feitas pelo STF em outra ADPF, a de nº. 378, a envolver o processo de *impeachment* da Presidente da República e a definição da legitimidade constitucional do rito previsto na Lei nº. 1.079/50 (“Lei de Crimes de Responsabilidade”).

O Tribunal, seguindo o voto vencedor da Relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, apreciou o pedido do Partido Comunista do Brasil de filtragem constitucional de alguns dispositivos da lei aludida.

Registrou-se a incompatibilidade, conferindo-se também interpretação conforme a Constituição, de alguns preceitos dos Regimentos Internos das Casas Legislativas e da Lei nº. 1.079/50, especialmente no que se refere ao papel do Senado Federal no rito do *impeachment*, à possibilidade de formação de candidaturas avulsas no itinerário procedimental e à sistemática de votação para formação da Comissão Especial.

Consoante constou do voto condutor, que enalteceu o papel de árbitro constitucional a ser desempenhado pelo Supremo, a fim de assegurar que o delicado e complexo processo de

afastamento tenha curso de modo regular e legítimo, atos legislativos hierarquicamente inferiores ao texto constitucional e que com este conflitem devem ser expungidos, sem que haja óbice à inevitável judicialização concretamente irrompida:²⁹

Entendo que o papel do Supremo Tribunal Federal neste processo e o de assegurar que ele transcorra de forma regular e legítima e em respeito às regras do jogo. Para tanto, deve-se definir, com clareza, o rito aplicável ao *impeachment*. Desse modo, evita-se que cada incidente e etapa de sua concretização seja judicializado, o que atravancaria o curso do julgamento e aumentaria a instabilidade política, econômica e social no País. Este é o alcance deste feito e objetivo do voto que proferirei.

A intervenção do Judiciário, no ponto, revelou-se imprescindível em face do “já dramático quadro político e econômico” instaurado no país, a exigir firme pronunciamento judicial diante das incertezas jurídicas ínsitas aos procedimentos do *impeachment*, conforme se viu no voto exitoso.

Por derradeiro, diga-se da decisão da lavra do Min. Teori Zavascki no julgamento do HC 126.292, que abarcou a tese da possibilidade de execução da pena e, pois, da prisão após a confirmação da sentença condenatória por uma Corte de segundo grau, sem que haja violação do princípio da presunção de inocência.

Na decisão, destacou-se o art. 5º, LVII da Constituição Federal, consagrador do princípio da não culpabilidade, outra denominação para a presunção de inocência acima mencionada.

Embora tenha a corrente vencedora de sete Ministros assinalado que, no juízo de apelação, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e as provas da causa, de modo a superar-se a presunção de inocência por um juízo de culpa, da própria fundamentação do voto extrai-se alusão à literalidade do dispositivo constitucional: a presunção de culpa até o *trânsito em julgado* da condenação. Vê-se também:³⁰

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* no. 378/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJE publicação 08/03/2016.

³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* no. 126292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJE publicação 17/05/2016.

Positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (...)

Ao final do voto que conduziu a vitória da tese acolhida pelo Tribunal, o relator asseverou que a retomada da jurisprudência anterior do Supremo, que atribuía efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário, é “mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado”. Aparece, mais uma vez, uma interpretação contingencial e pragmática.

Esboçados tais julgamentos, simbolizadores apenas de uma amostra de casos concretos passíveis de comentários, é hora de fazer uma ligeira avaliação. Que as decisões citadas derivaram de uma intenção do STF de obedecer a ditames de moralidade e de justiça evidencia-se inquestionável.

Seja por meio da invocação de princípios e objetivos plasmados na essência da Constituição, seja por meio da explícita manifestação sobre a indispensabilidade de atender aos reclamos da opinião pública informal, certo é que alguns desses julgamentos compatibilizaram-se com o sentimento prevalecente – às vezes, quase uníssono – nas arenas cívicas e receberam amplo respaldo popular.

No bojo de algumas das decisões sobreditas, inserem-se celeumas que o STF enfrentou sem deixar de manifestar uma intensa sinceridade no sentido de que estaria promovendo uma hermenêutica construtiva, interpretando o texto constitucional sistemática e evolutivamente.

Permeando os mais distintos e controversos assuntos cujas soluções os departamentos estatais e a sociedade não lograram satisfatoriamente alcançar, o Tribunal inovou na aceitação de uma adicional hipótese de perda de mandato de congressista, na firmação de tese pela ampliação do conceito tradicional de família, no reconhecimento da atipicidade de um fato formalmente subsumido no tipo penal do aborto, no estabelecimento de comandos mandatórios vinculados às questões das reservas indígenas, na declaração de inconstitucionalidade e no subsequente disciplinamento pretensamente provisório da sistemática de precatórios, no manejo das imunidades processuais parlamentares, na leitura das capacidades e dos óbices ínsitos aos poderes legislativo e administrativo no trato do sistema

penitenciário brasileiro, na interpretação dos papéis institucionais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal na complexidade do *impeachment* da Presidente da República e na aplicação de direitos e garantias contidos na Constituição.

Parte desses temas engendra bastante divisão na opinião pública informal e nos órgãos do Estado, ao passo que alguns deles coadunam-se com a quase unânime voz social, numa heterogeneidade racionalmente justificável.

A cisão aludida, consistente em desacordos sociais e morais consideráveis, deriva da circunstância de que as instâncias representativas do povo não conseguiram alcançar uma disciplina regular e definitiva sobre o problema (como parece ser o caso, exemplificativamente, do reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas, da questão indígena e do aborto de anencéfalos), o qual apresenta traços e particularidades diversificados e de difícil consenso.

A compatibilização com a consciência popular, lado outro, evidenciou-se, de modo cristalino, nos julgamentos da fidelidade partidária, do elástico do campo de aplicação das prisões de parlamentares e do respaldo à execução provisória da pena após a condenação em segunda instância, cenário que refletiu a sede da população brasileira por mudanças no sistema representativo da política nacional e na melhoria da condução, pelos poderes, de problemas tão corriqueiros quanto socialmente abomináveis, como é o caso da corrupção estatal endêmica, da falta de legitimidade dos congressistas e da sensação de impunidade frente a inúmeras condutas criminosas.

De certo modo, o auditório comunitário também não deixou de ser louvado no firmamento, pelo STF, das teses sobre o pagamento de precatórios, vez que, a despeito de algumas imprecisões terminológicas e práticas e de enormes dificuldades de tornar eficaz o julgamento, constatação admitida pelos próprios Ministros, cuida-se de precedente claramente propenso a solver uma problemática bastante cara para todos os contribuintes brasileiros: a inobservância, pela Fazenda Pública, por razões diversas, dos trâmites constitucionais para pagamento de seus créditos.

Torna-se forçoso perceber os impactos das decisões acima estudadas nos pormenores do maquinário estatal e, daí, na própria sociedade. Com efeito, os influxos produzidos pelos julgamentos do STF na gestão da coisa pública e na maneira de tratar a seara dos direitos fundamentais, a partir da criação de novos parâmetros e imposições a serem

cumpridas pelos Poderes Legislativo e Executivo em lides como a do sistema penitenciário brasileiro, qualificam-se como indiscutíveis.

Ao mesmo tempo, as consequências de tais provimentos – inerentes a vicissitudes do fenômeno neoconstitucional – no interior das movimentações sociais são vultosas, na medida em que muitos dos temas respondidos pelo Judiciário não encontram ainda relativo deslinde na população, como é possível enxergar na aferição do julgamento da interrupção de gravidez de anencéfalo e no reconhecimento da validade das uniões estáveis entre membros do mesmo sexo, hipóteses nas quais vicejam notórios debates entre grupos conservadores e liberais.

A dúvida reside no questionamento se ao Judiciário compete, em interpretações circunstanciais, modelar a normatividade constitucional para impor obrigações, determinar a realização de tarefas e efetivar direitos quando estes não se apresentam com seus contornos evidentes no ordenamento jurídico ou quando os demais poderes, por omissão, inviabilidade ou estratégia, não conseguem atender os valores dominantes em toda a plenitude desejável.

A resposta, como já assinalado, afigura-se positiva, impondo-se ao Judiciário o cumprimento dos fins estabelecidos pela própria Carta da República ao convocá-lo como baluarte da democracia e do Estado de Direito. Afinal, como dito por Nalini, “quando alguns pensadores falam em *ativismo judicial*, não podem perder de vista que foi o constituinte de 1988 que cometeu ao juiz poderes até então apenas implícitos”.³¹

Positiva, porém, desde que condicionada à inação dos outros órgãos estatais e à observância dos elementos estatais e jurídicos essenciais, fazendo-se necessária, pois, a conformação da atuação judicial ao sistema de repartição de funções constitucionalmente estabelecido, sob pena da exorbitância de limites que, antes de contribuir para a realização constitucional, ofende o ordenamento maior. Como crê Agra:³²

É muito importante um delineamento preciso das sentenças manipulativas, pois elas não podem ser um instrumento para que o Poder Judiciário substitua o Poder Legislativo em sua função legiferante, haja vista que o Direito não pode ter outra origem que não seja a vontade de seus representantes. As

³¹ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 65.

³² AGRA, Walber de Moura. Sentenças Manipulativas. In: ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Coord.); CAGGIANO, Mônica Herman (Coord.); LEMBO, Cláudio (Coord.). *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 567-568.

decisões judiciais somente podem normatizar realidades fáticas em caráter residual, alicerçando-se em parâmetro legal e enquanto o legislativo não exerce sua função de normogênese. As decisões de garantia da Constituição, sejam de declaração de nulidade, corretivas ou integrativas, necessitam, como condição de sua validade, de um suporte normativo, direto ou indireto, e, o que é mais importante, guardar uma pertinência com o texto escrito, pois esse se configura como um requisito inexorável para sua compatibilidade sistêmica (...). O primado do *self-restraintment* impõe que o Judiciário se atenha preponderantemente “às quatro linhas” do campo normativo, fundamentando suas decisões de forma direta em dispositivos agasalhados pelo ordenamento legal. Sair do campo normativo, para buscar fundamentação em elementos metajurídicos ou consensos parciais e subjetivos não deve ser entendido como regra, mas como exceção, que se evidencia para a concretização de direitos humanos que já foram plasmados pela sociedade como invariáveis axiológicas. Esse diapasão, que deveria ser um axioma para a legitimação do ativismo do Poder Judiciário, constitui-se na melhor forma de fortalecer o Estado de Direito e garantir a segurança jurídica.

A real possibilidade de o exercício legítimo das funções jurisdicionais implicar a assunção de tarefas ordinariamente afetas às instâncias estatais de representatividade mais inata não elide a inferência de que a todos os poderes republicanos é destinada a missão de concretizar os ditames constitucionais, o que culmina, por conseguinte, em uma nova visão da dogmática da tripartição dos poderes.

Objetiva-se, bem se vê, a realização do pacto fundamental, com a construção de diálogos interinstitucionais mais inclinados à consecução dos fins da Constituição e, por consequência, dos valores plasmados nos direitos e nos princípios fundamentais, ao invés da perseguição pouco contributiva de métodos e teorias clássicas defensoras de uma visão insular e monopolista das funções do Estado.

Intercâmbio que aconteceu, exemplificativamente, no importante julgamento a respeito da dívida dos Estados da Federação com a União (MS 34023, 34110 e 34122), em que o Supremo Tribunal Federal, oportunamente, decidiu suspender a aferição do tema com o objetivo de fornecer tempo para que os entes federativos procedessem a renegociações dos montantes envolvidos, inclusive por meio de lei.

Após a decisão da Corte, firmou-se acordo entre os governadores de Estado e o Ministro da Fazenda, o que fez a Corte conformar seu entendimento ao pacto estabelecido no campo do Poder Executivo. Na ocasião, alguns ministros chegaram a defender uma atuação estimulante como modelo de conduta do Judiciário, dadas as suas limitações em matérias tão complexas como a econômica.

Essas considerações resvalam na assertiva de que deve ser refutado o desrespeito ou o atropelamento da sistemática de repartições funcionais desenhada na Constituição, cuja justeza há de ser defendida por todos os que se preocupam com a regularidade do pacto institucional.

Dessa maneira, a inércia contundente, o desvio finalístico ou a emergência de circunstâncias para cuja solução as instituições estatais e a própria sociedade não se têm mostrado eficazes representam causas apropriadas a ensejar a intercessão – sempre excepcional – do aparato judicial.

A mesma asserção, outrossim, não despreza que a obsessão pela jurisdição constitucional e a confiança exclusiva na magistratura como salvadora de todos os males são aptas a degenerar o organismo estatal e vilipendiar o verdadeiro titular do poder constituinte, quem seja, o povo, como se destacará nos capítulos que seguem.

3 Justificativa democrática do Poder Judiciário e mitigação dos riscos do decisionismo judicial no cenário do neoconstitucionalismo.

Na esteira das redefinições que a moderna teoria neoconstitucional tem proporcionado, busca-se focar a problemática relativa à legitimação democrática do Poder Judiciário e ao subjetivismo judicial, questão inserida na concepção progressista propensa a inculcar no Poder Judiciário um dever além da singela aplicação do silogismo judicial na resolução dos casos concretos.

E maiores poderes, num ordenamento constitucional impregnado de cláusulas abertas capazes de permitir mais de uma interpretação, implica maior responsabilidade, de sorte que o presente texto intentará, justamente, fornecer alguns parâmetros para abrandar os riscos oriundos de um exercício jurisdicional mal conduzido.

A remodelação da função jurisdicional, que modifica o papel do juiz ao torná-lo um dos protagonistas do processo de criação do direito e concede-lhe o mister de aferir o sentido de cláusulas abertas e optar entre possíveis soluções, merece, certamente, ser aplaudida. Não se pode, entretanto, resvalar em devaneios e acreditar que tais mudanças paradigmáticas representam verdadeira panaceia.

O neoconstitucionalismo e seu produto, a constitucionalização do Direito, não são sem riscos. Longe disso, eles encerram alguns problemas, e é um deles, em especial, que se pretende destacar: os riscos do decisionismo judicial, o qual advém da compreensão do Direito a partir da Constituição, documento repleto de normas genéricas e abstratas de baixa densidade normativa, que podem ser objeto de múltiplas interpretações.

A constitucionalização do ordenamento, em sua acepção atrelada ao efeito irradiante das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, tem seus pontos positivos. De fato, o enaltecimento dos princípios, ao aproximar o Direito da Moral, propicia a realização dos postulados maiores da justiça e da dignidade, afastando o tecnicismo frio das regras e conferindo ao sistema jurídico maior flexibilidade e dinamismo. Nessa esteira:³³

O neoprocessualismo procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. Para tanto, é indispensável enfrentar o problema do fetichismo

³³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

das formas. O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção de direitos fundamentais.

Tal fenômeno se vincula ao pragmatismo e ao moralismo jurídico, que se contrapõem ao positivismo clássico e constituem fortes fatores de impulsão ao ativismo judiciário, na medida em que o fundamentalismo axiológico eleva a ideia de que existe uma ordem de valores fundamentais que o ordenamento jurídico deve respaldar, sob a rédea de magistrados capazes de guiar o direito positivo a serviço de diretrizes primordialmente principiológicas. Reforça Ramos:³⁴

Para tanto, deve se valer das ambiguidades, contradições e insuficiências de que os textos normativos são permeados e, principalmente, do controle de constitucionalidade, que lhe permite recusar validade a atos legislativos a partir de parâmetros normativos altamente flexíveis e que se prestam a manipulações argumentativas de toda a espécie. Não é preciso muito esforço para perceber (e a jurisprudência de valores apenas confirma isto) que a atração exercida pelo idealismo axiológico fatalmente conduz, em algum momento e com maior ou menor elastério, ao rompimento das barreiras que o direito positivo, constitucional e infraconstitucional, impõe aos órgãos oficialmente incumbidos de sua aplicação (...). Se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico é o ativismo subjetivista do intérprete aplicador; amplo e explícito no primeiro caso, circunscrito e implícito, no segundo.

No entanto, “nem tudo são flores”. A necessidade de interpretar a lei a partir do texto constitucional eleva o risco de subjetividade das decisões judiciais, o que é, em tese, compreensível quando se priorizam as normas constitucionais – de textura aberta e vaga – em face do restante da legislação.

Por conseguinte, muitos juízes passam a deparar com uma atípica situação. Encantados com os recentes estudos sobre o neoconstitucionalismo e suas derivações, confiam eles ser possível fazer, no exercício de sua função, o que bem entenderem, desde que o objetivo seja a busca pela concretização de princípios constitucionalmente preconizados.

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135-137.

Emerge um decisionismo judicial messiânico, que introduz nos magistrados a crença de que se capacitam para julgar como queiram. Nesse diapasão, comenta Sarmento que:³⁵

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

O resultado é o abandono de uma sólida fundamentação racional. Frente a uma vasta gama de conceitos indeterminados ou de disposições de fluido conteúdo, podem, em tese, surgir infinitas avaliações interpretativas, o que afeta importantes valores do Estado Democrático de Direito, como a justiça e a segurança. Ensina Barroso:³⁶

O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.

Isso tudo é porta aberta para decisões judiciais perigosamente subjetivas, dependentes do alvedrio do magistrado do momento. Prática desvirtuada que, se consumada, viola a democracia e a separação dos Poderes, já que juízes não eleitos passam a exarar suas decisões com lastro em seus valores e sentimentos pessoais, deixando em segundo plano as opções normalmente mais criteriosas do legislador.

³⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 144.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 392.

Como dizem Clève e Lorenzetto, “não há dúvida de que o papel ativo por parte do Judiciário na definição das políticas nacionais é algo que desafia cautela, podendo em certas circunstâncias contrariar as exigências democráticas”.³⁷

Cabe questionar: revestem-se os magistrados de legitimidade democrática para suprir tarefas originariamente delegadas aos outros Poderes? Cabe a eles imiscuir-se no jogo político? Deve o Judiciário abandonar seu neutro papel de “boca da lei” e envolver-se nos projetos de transformação social? Quais os limites da atuação desse Poder frente ao princípio constitucional da justeza funcional? Como controlar tamanhas possibilidades de atuação?

Indaga-se, pois, se tal proatividade converte o juiz em legislador, de modo a igualar-se, neste ponto, a função jurisdicional à legislativa. Não há espaço para elucidar todas essas interrogações, mas é importante dizer, para que se frise a complexidade do tema ora trabalhado, que tachar de “antidemocrática” a elevação do Judiciário sobre o Legislativo nem sempre denota um comentário razoável, porquanto o ativismo judicial, de modo algum, simboliza irrestritamente a superioridade do primeiro departamento sobre o segundo, mas sim um aspecto do bem equilibrado sistema de controle recíprocos, a saber, o *checks and balances*.³⁸

Mais do que isso, é necessário ter em mente que a legitimação democrática não deriva somente da escolha de membros pelo voto direto dos eleitores, mas também da nomeação para cargos criados por decisão dos representantes, através de leis, como ocorre em Tribunais de cuja composição participam a vontade do Executivo e do Legislativo.

Os processos institucionais que balizam o exercício das funções estatais são diversificados, e o Judiciário, no exercício de suas funções constitucionalmente definidas, vinculado que está às observâncias legitimamente fixadas pelo legislador e às opções constituintes, também possui legitimidade democrática. Assim:³⁹

O juiz que recebe da Constituição o poder de aferir a constitucionalidade de leis não pode ser entendido como um elemento neutro. Questões políticas lhe são apresentadas por estarem envolvidas na aplicação do Direito e a elas ele deve dar respostas. Seria absurdo esperar que o juiz, diante de uma questão que envolvesse claramente elementos políticos, suspendesse o julgamento para aguardar uma definição dos representantes do povo ou, o que seria pior,

³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. A jurisdição constitucional no século XXI entre processo e substância: um olhar sobre a experiência americana. In: ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Coord.); CAGGIANO, Mônica Herman (Coord.); LEMBO, Cláudio (Coord.). *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 114.

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

³⁹SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo, poder Judiciário e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 92-93.

deixasse de dar resposta adequada à demanda levada ao Judiciário. Ao ser explícita na Constituição a função de sua guarda, o Judiciário recebe, como já falamos, uma atribuição política inegável. Esse elemento político da jurisdição constitucional não pode ser esquecido.

A propósito, é difícil desprezar que a pretensa correspondência entre a vontade dos representados e o conteúdo das normas elaboradas pelos agentes democraticamente eleitos nem sempre desponta na realidade. Com efeito, afigura-se razoável supor que grande parcela das decisões oriundas dos setores majoritários seria refutada pela maioria do eleitorado caso este tivesse a chance de aferi-las, como afirma Novelino:⁴⁰

Não são necessárias investigações empíricas para constatar a existência de inúmeras normas jurídicas cujo conteúdo não reflete a vontade majoritária e que, se submetidas a consulta popular, seriam rechaçadas pela maioria da população. Por tudo isso, mais do que a expressão da vontade de uma maioria, as opções políticas consagradas nas leis costumam ser “o resultado do conflito, da negociação e do acordo entre as minorias” (...) Todas essas distinções, que demonstram inexistir uma correspondência necessária entre as escolhas formalizadas pelos representantes democraticamente eleitos e a vontade real da maioria popular, revelam a fragilidade da premissa na qual se apoia a chamada “dificuldade contramajoritária”. A legitimidade formal não representa qualquer garantia de *legitimidade democrática substancial*, considerada como a efetiva correspondência entre as escolhas legislativas e as preferências da parcela majoritária da população. Em muitos casos, a anulação de atos legislativos pela jurisdição constitucional vai ao encontro do que realmente deseja a maioria da população. Em outros, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e/ou a proteção de direitos de minorias pode significar um reforço da vontade majoritária, e não um enfraquecimento.

Não se pode deixar de ressaltar que a constitucionalização do Direito, em sua acepção ligada ao efeito expansivo das normas constitucionais, cujas regras e princípios banham todo o sistema jurídico, tem efeitos mais benéficos que deletérios. A aplicabilidade direta e imediata da Constituição a diversas circunstâncias, a declaração de inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Constituição e a interpretação das normas infraconstitucionais conforme o Texto Maior, resultado da nova hermenêutica constitucional, alimentam as promessas de realização dos direitos fundamentais, inerentes às potencialidades do modelo de Estado constitucionalmente delineado.

⁴⁰NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 248.

Sem embargo, é inequívoco que a constitucionalização exacerbada pode acarretar consequências negativas, tanto de natureza política, consignada no esvaziamento do poder pelas maiorias, dado o engessamento da legislação ordinária, como de natureza metodológica, em razão do decisionismo judicial analisado.

Essa primeira consequência traz ínsita a inferência de que constitucionalizar em excesso pode ser antidemocrático, por retirar do povo o direito de decidir sobre seu próprio destino. Com efeito, constitucionalizar uma matéria implica subtraí-la do debate legislativo, inclinado, em tese, à representação popular.

Isso dificulta o governo da maioria, que não poderá manifestar-se através do processo legislativo comum, mas sim por meio de emendas constitucionais, não facilmente manejáveis em um país como o Brasil, em que avultam os limites materiais e formais ao poder de reforma.

Endossando a crítica ao potencial contramajoritário da jurisdição constitucional, que, mal conduzida, é capaz de vetar os limites conformativos do legislador, assinala Pires:⁴¹

(...) levada ao extremo, essa excessiva ubiquidade da Constituição acaba conduzindo a uma constitucionalização total da vida. A legislação passa a ser mera continuação dos desígnios de um constituinte onisciente, que tudo previu; e o legislador, em vez de mover-se em um espaço de conformação, torna-se apenas o executor de decisões pré-concebidas. A Constituição, por sua vez, deixa de ser *moldura* para ser *genoma*: em lugar de demarcar o espaço legítimo do processo majoritário, a Carta passa a ser vista, ela própria, como resposta a todas as perguntas, de modo que todo o resto é mero desenvolvimento do que ali se determina. Essa é a *Constituição-Verbo*, que tudo criou e à qual tudo se reconduz. Diante dela, o espaço do legislador é mínimo, se é que de fato existe.

Lado outro, convém enfatizar que o irrestrito prestígio às decisões legislativas pode ensejar o fenômeno da tirania majoritária, capaz de sepultar o direito das minorias no cenário democrático. Apenas a constatação dessa circunstância já serve para fundamentar a *judicial review*, conferindo ao Judiciário legitimidade para, protegendo os diversos interesses e valores fundamentais em conflito, assegurar ampla participação popular quando tais bens se encontrem vilipendiados e sem seguras condições de emergir.

⁴¹ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-Positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes (Org.); NOVELINO, Marcelo (Org.); PAULA, Daniel Giotti de (Org.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 37-38.

Não se descarta a existência de hostis argumentos ao que acima se expôs, já que a aludida tirania poderia advir, igualmente, do Judiciário, inevitavelmente passível de decidir em desfavor de grupos que seriam tachados de perdedores num processo judicial que se guiou na direção contrária àquela dos direitos por eles desejados. Como diz Waldron:⁴²

The concern most commonly expressed about the work of a democratic legislature is that, because they are organized on a majoritarian basis, legislative procedures may give expression to the “tyranny of the majority” (...) In any disagreement about rights, the side in favor of the more expansive understanding of a given right (or the side that claims to recognize a right that the other denies) will think that the opposite side’s position is potentially tyrannical (...) Democratic institutions will sometimes reach and enforce incorrect decisions about rights. This means they will sometimes act tyrannically. But the same is true of any decision process. Courts will sometimes act tyrannically as well.

De toda sorte, a cizânia instaurada desnuda que os problemas decorrentes da nova perspectiva sob a qual o neoconstitucionalismo trata a jurisdição, fundados, em especial e no que aqui interessa, nas consequências da intensa subjetividade das decisões, instam que se encontrem maneiras de minimizar ou reverter os efeitos negativos que podem ser gerados nesse quadro de valorização das normas abertas e imprecisas da Constituição.

Como se viu, as problemáticas oriundas do neoconstitucionalismo, vistas, em resumo, nos riscos de avultarem decisões casuísticas ou contingenciais, exigem que o estudioso do tema obtenha modos de enfrentar os graves danos que uma visão desarrazoada do constitucionalismo hodierno é capaz de infligir às instituições, porquanto o exercício apriorístico dos poderes imanescentes à novel função jurisdicional pode transformar-se em encargo muito caro a ser suportado pelo regime constituído.

No intuito de conferir legitimidade à função jurisdicional e evitar os abusos possíveis de serem produzidos por magistrados incautos – e não todos – certos de seu potencial de discernir o justo e o injusto, doutrina e jurisprudência têm destacado o relevante papel que pode e deve assumir a argumentação jurídica, a qual corresponde ao dever de os juízes atingirem uma fundamentação racional consistente no momento em que são proferidas suas decisões, ou

⁴² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, 2006.

seja, cuida-se de tarefa funcional ligada a um controle de justificação de julgados. Ensina Pupe da Nóbrega:⁴³

A teoria da argumentação jurídica pretende ter um importante papel na fundamentação das escolhas feitas pelo juiz quando da interpretação levada a cabo (...). É inegável que nesse cenário que se desenha, o papel mais ativo exercido pelo Judiciário deverá trazer consigo um ônus argumentativo que o conforme com a separação de poderes e com a democracia, justamente pra que os juízes não sejam vistos como “fora de controle” (...) Em vez de silogismos subsequentes uns aos outros por inferências necessárias, “é o esforço da persuasão e do convencimento que estruturam e servem de base às construções jurídico-decisórias”. É mais na esfera do razoável e do adequado do que na esfera do puramente lógico que a metódica atual passa a ser visualizada. Assim sendo, o principal objeto de análise da legitimidade de um provimento jurisdicional será, exatamente, o discurso jurídico que a alicerça.

Não são os juízes senhores da razão. Decisão destituída de razoáveis argumentos é decisão abusiva, que viola o Estado Democrático ao macular a credibilidade funcional que o Judiciário precisa possuir. Impende, assim, que os magistrados decidam de modo racional e consequente, estabelecendo, com base em sólidos argumentos, o conteúdo de normas abertas e convencendo, mediante sua dialética, que certos valores sem conceito determinado exigem, em dado caso, prioritária proteção.

O Poder Judiciário não é soberano para estabelecer, a seu capricho, o conteúdo de sentido das disposições criadas pelo legislador constituinte ou ordinário. Se, por exemplo, houve escolha dentre várias possíveis, há de haver bons motivos para as recusas e para a aceitação, pois, “no plano moral, já não se aceita, sem objeção profunda, que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Cada vez mais se exige sua justificação racional e moral, vale dizer, sua justiça intrínseca”.⁴⁴

A legitimação da função jurisdicional dá-se pela razoabilidade da decisão e da fundamentação do julgador. Somente uma decisão racional é capaz de permitir uma nítida distinção entre o magistrado que julga por suas idiossincrasias e o que julga com base na idoneidade jurídica de seus fundamentos. Imprescindível, logo, que juízes e tribunais adotem

⁴³ NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição constitucional: limites ao subjetivismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2014, Série IDP, p. 29-45.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 340-341.

certo rigor dogmático e reconheçam a imposição argumentativa na aplicação de regras revestidas de plástico conteúdo.

Dworkin menciona ser imperiosa uma atitude interpretativa do Direito voltada a integrar cada decisão num sistema coerente de regras e princípios, que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema enfrentado. O intento é a consignação de argumentos contundentes e controláveis que não resvalam em uma *juristocracia*, como diz Binbenbojm ao enaltecer o delineamento da fundamentação dos julgadores:⁴⁵

Como destinatários e autores do seu próprio Direito, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional (a cidadania procedimentalmente ativa, como pretende Häberle), não podendo ser ignorados pelos *operadores oficiais*. Assim, embora à Corte Constitucional competa a *palavra final* sobre a interpretação da Constituição, suas decisões devem ser amplamente fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública (juristas, operadores do direito, políticos, jornalistas, profissionais liberais em geral) possui um potencial racionalizador e legitimador. Aliás, esta mesma ideia já era defendida, ainda em 1959, por Otto Bachof, para quem a legitimação da jurisdição constitucional seria obtida através de um permanente diálogo com a opinião pública e, sobretudo, com a comunidade jurídica (...) A fonte última da legitimação da justiça constitucional se encontra no “plebiscito diário” a que estão sujeitas suas decisões e na sua capacidade de gerar consenso, de forma a que sejam aceitas como justas e extraídas dos valores constitucionais básicos. Nessa mesma linha de pensamento, Robert Alexy sustenta que o Tribunal Constitucional se legitima quando a coletividade o aceita como instância de reflexão racional do processo político. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e Tribunal Constitucional se estabiliza duradouramente – isto é, quando a Corte Constitucional adquire credibilidade política e social –, pode-se afirmar que a institucionalização dos direitos do homem *deu certo*, no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, é preciso esclarecer revelar-se indiscutível certa dose de discricionariedade e criatividade na interpretação judiciária do direito legislativo, na medida em que é apanágio da linguagem a existência de polissemias, geradoras de ambiguidades e incertezas a serem solvidas pelo exegeta, inexistindo, desse modo, com raríssimas exceções, textos normativos absolutamente imbuídos de uma só significação. Nesse tocante, ensina Cappelletti:⁴⁶

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda

⁴⁵BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 75-117.

⁴⁶CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 21.

interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar.

É imperioso ter em mente, portanto, que a vagueza, a imprecisão e as polissemias são propriedades de quase todas as palavras, pois, como bem sublinha Dworkin, “for the more we learn about law, the more we grow convinced that nothing important about it is wholly uncontroversial”.⁴⁷

Disso decorre a obrigação de o legislador regular condutas por meio de padrões gerais, já que não pode prever todas as situações da vida e editar regras que as disciplinem em todos os aspectos. Realmente:⁴⁸

Quanto à indeterminação linguística, assim como outros juristas, Manuel Ortega diz ser consequência da textura aberta da linguagem normativa, a significar que em todos os ordenamentos jurídicos o legislador, deliberadamente, deixa para os juízes e funcionários públicos a tarefa de ajustar – de tornar *justa* – a aplicação dos comandos jurídicos àquelas situações da vida que, pela singularidade dos conflitos de interesses que suscitam, não poderiam ser decididas “em conformidade com o Direito” através de enunciados normativos abstratos, até porque “proposições gerais não resolvem casos particulares” e “quem planta normas não pode colher justiça”.

Os critérios de atuação judicial devem harmonizar-se com o sentimento social e com a possibilidade de controle de racionalidade e legitimidade, sendo possível destacar alguns parâmetros a serem seguidos, preferencialmente, pelos intérpretes, tais como a priorização da lei na hipótese de ter havido manifestação incontestada e válida do legislador, bem como o privilégio da regra onde o constituinte ou o legislador eventualmente tenha atuado mediante a elaboração de um preceito objetivo descritivo.

Vale mencionar, como parâmetros a serem seguidos para moderar as condutas judiciais, o exame do grau de legitimidade democrática do processo elaborador do ato

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. The Belknap Press of Harvard University. Cambridge, Massachusetts, 1986, p.10.

⁴⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito, discricionariedade hermenêutica e controle de constitucionalidade nos regimes democráticos. In: FELLET, André (Org.); NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 430.

normativo impugnado, a urgência de proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia, a defesa de minorias vulneráveis e de direitos materialmente fundamentais, a comparação de capacidades institucionais, a época do ato normativo questionado e a “inconsistência temporal”, como delineiam Neto e Sarmiento:⁴⁹

O primeiro aspecto a ser considerado é o *grau de legitimidade* democrática do ato normativo. O foco aqui não é o conteúdo da norma, mas a maneira como ela foi elaborada. O controle de constitucionalidade, como já assinalado, envolve uma “dificuldade contramajoritária”, que vem do fato de os juízes, que não são eleitos, poderem derrubar decisões proferidas pelos representantes do povo. Levar a sério a democracia exige que não se despreze a dificuldade contramajoritária. Ela deve ser levada em consideração na mensuração da deferência devida pelo Judiciário às normas controladas: quanto mais democrática a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame de sua constitucionalidade (...) Outro importante elemento a ser considerado é a comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido. É recomendável uma postura de autocontenção judicial diante da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito. Não se deve adotar na jurisdição constitucional uma visão idealizada do juiz – como o “juiz Hércules” de Ronald Dworkin –, que presuma sabedoria infinita e onisciência dos magistrados, bem como ausência de limitações decorrentes de fatores como escassez de tempo pela sobrecarga de trabalho. Uma teoria que se baseie em idealizações distantes da realidade não funcionará bem na prática, quando operada por juízes constitucionais concretos, “de carne e osso”, atuando no interior de instituições e por meio de procedimentos decisórios que têm as suas fragilidades e limitações.

Em paralelo, demonstrando bastante preocupação com a ausência de conhecimento técnico e especializado dos magistrados, Posner faz veementes críticas a julgamentos da Suprema Corte norte-americana que enfrentaram, por exemplo, temas polêmicos como a educação, dependente de medidas políticas, econômicas e sociais que o Judiciário, segundo o autor, está longe de bem conhecer:⁵⁰

It seems to me that the courts are as poorly equipped to evaluate sex-segregated education in nonmilitary as in military settings. Judges who do not have a military background doubtless think they know more about education than they do about war and are therefore less willing to cut the political branches of government slack when dealing with educational issues. But do they *know enough* more about education to make intelligent decisions? Little is known about what makes for effective education. The role of resources, of

⁴⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 100-111.

⁵⁰ POSNER, Richard A. Against constitutional theory. New York University. *Law Review*. v. 73, n.1, abr. 1998, p.11-12.

class size, of curriculum, of racial or other demographic sorting or mixing, of extracurricular activities, of technology, of standardized testing, of family structure, of homework – the significance and interaction of these elements of the educational process remain largely unknown. Judges can certainly be forgiven for not knowing what people who devote their lives to a specialized field do not know; it is less easy to forgive them for not knowing that they don't know (...) If even the experts know very little about education, and this after two and a half millennia of serious reflection (beginning with Plato), this implies that we should welcome continued experimentation and diversity.

Essas precauções impedem, também, que, nas ocasiões em que tenda ao inequívoco o significado da linguagem, deem os magistrados à lei um significado que esta, originariamente, não vislumbrou. Nessa visão: ⁵¹

A doutrina pós-positivista tem enfatizado, com inteira razão, a importância e a força normativa dos princípios. Contudo, esta valorização não pode ser realizada ao preço do menoscabo em relação às regras. Estas, por definirem com maior precisão tanto o seu campo de incidência como as consequências jurídicas da sua aplicação, são extremamente importantes, não só porque salvaguardam a segurança jurídica do cidadão e coíbem o arbítrio do aplicador, como também porque permitem o funcionamento mais ágil e eficiente da ordem jurídica. Imaginem o caos que seria se, por exemplo, em cada ação cível, o juiz pudesse arbitrar, com base nos princípios da ampla defesa e da celeridade processual, qual o prazo adequado para a apresentação da contestação. Ou como seria temerário permitir aos guardas de trânsito que estabelecessem o valor da multa devida para cada infração, à luz das peculiaridades de cada caso e do princípio da proporcionalidade. Simplesmente inviável.

A tarefa de legislar é do Legislativo: eis um truísmo que convém, incessantemente, proclamar. Devem-se respeitar as escolhas feitas por esse Poder quando obedecidas as regras constitucionais e as possibilidades de razoável delimitação de sentido a partir de fluidos enunciados.

A convicção acerca da legitimidade que pode ter o Judiciário em inúmeras circunstâncias, especialmente nesse cenário de influências neoconstitucionais, não constitui referendo para atuações imprudentes e disfuncionais de sobrepujamento do legislador, porquanto, saliente-se:⁵²

A função de criar normas jurídicas, instituindo direitos e obrigações, foi atribuída pela Constituição, predominante e preferencialmente, ao Poder Legislativo. Ainda que, presentes determinados pressupostos, possam os outros Poderes exercer competências normativas ou criadoras do Direito em

⁵¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 146-147.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 393.

concreto, devem eles ceder à deliberação legislativa válida. Nesse passo, a avaliação da validade não pode tornar-se uma forma velada de o magistrado substituir as escolhas políticas do legislador pelas suas próprias. Não cabe ao Judiciário declarar a invalidade de norma que lhe pareça a melhor ou a mais conveniente. A declaração de inconstitucionalidade deve ser sempre a última opção, preservando-se o ato que seja passível de compatibilização com a ordem constitucional, ainda quando pareça, ao juiz, equivocada do ponto de vista político. Isso é o que decorre do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, escorado na separação dos Poderes.

É importante dizer que os cuidados de que se fala neste texto não intentam desprezar a aplicação dos princípios e resgatar o modelo formalista da concepção mais fria do positivismo, mas sim enfatizar a necessidade de alcançar maneiras de amainar alguns vícios em que anda desbocando a cega visão de muitos sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo.

A ideia da argumentação jurídica e da racionalidade prática volta-se, nesse contexto, à busca por um debate aberto, franco e dinâmico, em contraposição ao pensamento do direito com fulcro no individualismo da atuação indiferente do intérprete.

O exercício argumentativo tange à possibilidade de todos os envolvidos na querela jurídico-processual falarem e serem ouvidos, prevalecendo a persuasão e o diálogo em detrimento da imposição e do monólogo. Como ensina Santos, “a inclusão dos atores sociais na seara jurídica faz com que o Poder Judiciário tenha a validação necessária para agir politicamente”.⁵³

Não se olvida a relevância de perseguir o resultado justo, o qual, porém, não será legítimo se desassociado de um provimento racional, tal como se dá quando a justiça alcançada é a proveniente do decisionismo do intérprete, e não do que supõe a comunidade jurídica geral sobre o ideal de justiça, conceito, no todo, difícilíssimo de determinar.

As decisões adotadas devem ser devidamente justificadas, no afã de demonstrar não só aos litigantes, mas à sociedade por inteiro, que o resultado atingido é o mais conveniente e idôneo à ordem jurídica e às nuances da hipótese em comento. A justificação das decisões judiciais, não custa rememorar, constitui pressuposto de legitimidade da própria função

⁵³ SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, v.44, n. 173, jan./mar. 2007, p. 271-284.

jurisdicional na seara do Estado Democrático, não apenas, portanto, requisito formal de validade. Sob essa ótica, sublinha Neves:⁵⁴

Sob o ponto de vista político a motivação se presta a demonstrar a correção, imparcialidade e lisura do julgador ao proferir a decisão judicial, funcionando o princípio como forma de legitimar politicamente a decisão judicial. Permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade.

Atendidas essas premissas, a partir da abertura da jurisdição constitucional à participação mais incisiva dos fóruns sociais, soa possível que a democratização desse processo passe a conviver mais satisfatoriamente com a dificuldade contramajoritária, tornando-se o Judiciário uma instância de representação argumentativa das vozes populares. Papel representativo que, muitas vezes, é exercido pelas cortes constitucionais, aqui e alhures, ao responder a demandas sociais e desejos políticos não efetivados pelos órgãos políticos tradicionais.

Reforça-se que o cuidado com a fundamentação deve ser proporcional ao grau de abertura da norma objeto da interpretação, na medida em que, quanto mais uma decisão abranger algum espaço de valoração subjetiva do intérprete, maiores devem ser os cuidados para alcançar um condigno provimento. Em outras palavras, “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”.⁵⁵

Nesse itinerário dissertativo, aflora, de novo, uma série de questionamentos. Como controlar a atuação de juízes, a cada dia, mais investidos de imensas competências? Como crer na vigência de um Estado Democrático de Direito quando se convive com Poderes democráticos amiúde inertes e com um Poder de potencial antidemocrático tão atuante?

É complexa a resposta. Nos limites do escopo aqui traçado, sugere-se: combate-se a privação da legitimidade democrática do Judiciário mediante a busca incessante por sua democratização, para cujo alcance, neste particular, enfatiza-se o valor do princípio do contraditório, tema que, felizmente, já há um tempo, tem merecido um tratamento mais compatível com sua extrema riqueza.

⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 71.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p.42.

Realmente, se, por vários anos, no Brasil e no estrangeiro, os estudos a respeito do princípio do contraditório, consistente, para Theodoro Júnior,⁵⁶ “na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo”, miraram seu foco quase exclusivamente para a seara processual, hoje é possível dizer que não são poucas as atenções que uma de suas mais importantes virtudes – a de legitimar o debate no litígio submetido à análise do Estado-Juiz, na busca pela plena materialização do conteúdo axiológico inserido no âmago do Estado Democrático de Direito – tem recebido.

A dialética, o confronto isonômico consignado na igualdade de armas e o direito à informação e à participação não de ser prestigiados, pois, tendo em mãos tantos poderes, a atividade jurisdicional precisa, afora uma boa argumentação, ser subserviente a certas diretivas principiológicas.

A propósito, o instituto da intervenção de terceiros, no processo civil brasileiro, e a figura do *amicus curiae*, particularmente presente na jurisdição constitucional, constituem bons exemplos que valorizam o confronto democrático mencionado e, por conseguinte, traduzem fidedigna expressão do princípio do contraditório. Quanto ao *amicus curiae*, consolidado no art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99, destaca-se voto do Ministro Celso de Mello na ADI 2.130-MC/SC:

(...) a admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.

No mesmo sentido, têm adquirido relevância as audiências públicas, inclusive no Supremo Tribunal Federal, como maneira de contribuir para a participação da opinião pública

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 31-32.

informal nos processos decisórios dos Tribunais e, conseqüentemente, amainar os questionamentos atinentes à legitimidade democrática do Judiciário. Assim: ⁵⁷

A previsão dessa figura processual na Corte é uma ampliação procedimental (assim como a previsão da audiência pública) que valoriza a participação da sociedade civil organizada e que tem potencialidade para atenuar os problemas de ausência de legitimidade democrática nas decisões do STF. Assim, a possibilidade de participação como *amicus curiae* na jurisdição constitucional é um modo de ocupação formal da esfera pública pela sociedade civil e, por isso, deve ser equilibrada com outras tantas instâncias disponíveis na esfera pública informal, igualmente propícias à participação social e à mobilização cívica.

Impõe-se ao Poder Judiciário obediência à superioridade da democracia. Hermetismo e tecnicismo, inerentes à estrutura judicial, não mais condizem com um ambiente em que os cidadãos envolvidos em conflito desejam participar ativamente do jogo que arbitra seus interesses, não sendo à toa a escolha desse Poder como o último amparo dos valores reputados oprimidos.

A esse respeito, Garapon identifica a existência de nova concepção de Estado, sugerindo que “se no século XIX, da ordem liberal, houvera preponderância do Legislativo, e no século XX, sob a égide da Providência, foi a vez do Executivo, o século XXI caminha para ser a supremacia do Judiciário”. ⁵⁸

O Judiciário do século XXI enfrenta uma pesada rotina, e, à proporção que se expandem suas prerrogativas, crescem seu poder e sua influência nas deliberações da coletividade. A indispensável legitimidade de sua atuação demanda transparência, fiscalização, certo grau de abertura e excelente argumentação decisória, ideias que o princípio do contraditório tanto absorve como irradia.

Ademais, a noção de democracia não pode se limitar à ideia de maioria, pois sua concepção volta-se, igualmente, à participação e à liberdade, conceitos umbilicalmente ligados ao contraditório. Divagando de maneira aprofundada sobre o tema, adverte Barroso: ⁵⁹

Onde estaria o fundamento para o Judiciário sobrepor sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes? A resposta já está amadurecida na teoria constitucional: na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo

⁵⁷ SOARES, Inês Virgínia Prado. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional: as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.200.

⁵⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 227.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 286

democrático. Nesse modelo, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Nesse contexto de enaltecimento da participação das partes nos processos de resolução de seus conflitos, cumpre assinalar que o direito material, igualmente, tem sofrido os influxos advindos da hodierna maneira de enxergar o princípio do contraditório.

De fato, corolário dessas tendências é a teoria dos deveres anexos, laterais ou secundários, que tem ganho relevo no campo do direito das obrigações, inclinada a alimentar o processo de colaboração entre as partes, sem o qual as controvérsias oriundas das relações obrigacionais por elas firmadas dificilmente alcançarão efetiva solução.⁶⁰

O princípio do contraditório, nessa moderna visão, não deve operar-se apenas sob o aspecto vertical, a saber, a partir da relação firmada entre o Estado-juiz e os jurisdicionados, mas, sobretudo, sob o aspecto horizontal, consubstanciado na instigação à solidariedade entre esses últimos na resolução pacífica dos compromissos que assumem.

Tal conduta de incentivo à cooperação, ademais, enseja conferir à atividade jurisdicional uma maior legitimação, porquanto é cediço que o Judiciário justifica seu mister diante do Estado Democrático de Direito a partir da medição de seu êxito em proferir um provimento decisório fidedigno à vontade dos litigantes, maiores interessados num resultado solucionador justo e mais capacitados a alcançá-lo.

No mesmo plano, assumem relevo os conceitos de constitucionalismo difuso e democracia deliberativa, lastreados na ideia de diálogo social e no intercâmbio travado entre os cidadãos e seus representantes nos espaços públicos, a fim de que se promova um debate inclusivo e plural a respeito do significado dos valores fundamentais da sociedade.

Procura-se evitar circunscrever a defesa da Constituição ao instituto do controle de constitucionalidade efetuado pelos Tribunais no plano do direito, no afã de que se reconheça a atuação criativa e produtiva dos múltiplos sujeitos da comunidade no processo de tutela e

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010, v. II, p. 213.

conquista dos anseios e dos direitos importantes para os círculos sociais. Embora mire suas considerações no Supremo Tribunal Federal, tem bastante serventia a fala de Bastos:⁶¹

(...) a maior legitimidade do STF não se vincula automaticamente ao aprimoramento da técnica manejada. Não se conferirá caráter democrático ao STF tratando-se apenas de refinar a técnica jurídica adotada, sem que seu conteúdo esteja afinado com a lógica igualitária que informa a democracia.

Assegurar a participação de todos nas arenas cívicas e nas deliberações políticas dinamiza o potencial crítico popular e reforça o compromisso dos indivíduos com a agenda institucional, tornando o processo de interpretação da Constituição mais legítimo e democrático. Destarte:⁶²

Essa perspectiva considera, portanto, que todos têm capacidade de se engajar no processo de interpretação constitucional, opondo-se firmemente a concepções paternalistas e elitistas e fundando-se na crença nas pessoas comuns como aptas para se apropriarem e para mobilizarem argumentos constitucionais, construindo sentidos coletiva e intersubjetivamente. Trata-se de abandonar qualquer “elitismo epistemológico” e reconhecer e incentivar o processo de coautoria do significado constitucional, de forma a ver florescer a autoconfiança dos cidadãos no processo e ao longo dele. Por óbvio, a experiência e a vivência constitucional se aperfeiçoam ao longo do tempo à medida que vão se rompendo, na sociedade, circunstâncias de opressão, dominação e subordinação. Por outro lado, essa ruptura se beneficia do processo de apropriação da Constituição, em um movimento sinérgico de reforço mútuo (...) a possibilidade de ser cointérprete da Constituição é um elemento indispensável para conferir legitimidade a uma ordem democrática fundada nas noções de autogoverno e de pluralismo.

Por derradeiro, convém assinalar que as premissas teóricas imprimidas pelo neoconstitucionalismo ocasionaram uma redefinição da doutrina da separação dos Poderes, não mais se coadunando com o constitucionalismo moderno uma concepção estrita da sistemática de repartição de funções entre Judiciário, Legislativo e Executivo.

Em que pese essa constatação, reveladora de que mais importa utilizar as divisões constitucionalmente estabelecidas no intuito de efetivar direitos fundamentais do que prender-se a uma intocável divisão de tarefas cujas origens remontam a uma antiga teoria liberal voltada a limitar os poderes estatais, não se pode desprezar a necessidade de respeito aos consectários do Estado de Direito.

⁶¹ BASTOS, Érico Araújo. *STF e o poder moderador: política à margem do poder constituinte na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 186.

⁶² GOMES, Juliana Cesário Alvim. O constitucionalismo difuso e seus fundamentos. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 411-423.

Conforme alguns estudiosos da matéria, os elementos da generalidade, positividade, sistematicidade e coerência, ínsitos à concepção da legalidade, têm sido postos em xeque por atitudes progressistas que desconfiam da política ordinária como meio apropriado para a firmação de compromissos na sociedade. Nesse contexto:⁶³

O Neoconstitucionalismo, com seu foco na transformação da sociedade por meio da interpretação constitucional, enfraquece o ideal do Estado de Direito elaborado por Waldron em vários aspectos (...) Foca-se em mecanismos que possibilitam aos juízes realizarem revoluções sociais independentemente da política majoritária, o que obviamente só é possível se o Poder Judiciário não estiver subordinado às opções legislativas. Desenvolveu-se, então, uma teoria constitucional totalizante, que influencia o modo de ver todas as demais normas do ordenamento jurídico, transformando toda questão jurídica em questão constitucional. Os instrumentos para tanto já são conhecidos: valores, fins, ponderação, direitos fundamentais etc. Esse passo faz com que o Neoconstitucionalismo se distancie dos ideais do Estado de Direito, já que, por um lado, torna as normas jurídicas mais fluidas e indeterminadas, e, por outro, deixa a atividade jurisdicional menos previsível (...) Ao dissipar a densidade normativa das normas jurídicas e autorizar os juízes a decidirem com base em preferências pessoais, o Neoconstitucionalismo golpeia com intensidade o conceito de Estado de Direito, aproximando-o do *fim*.

Em semelhante sentido, registra Torres sua preocupação: “O efeito mais grave desse *positivismo jurisprudencial* é aprofundar a crise política do poder, pela desconfiança sobre o legislador, sobre os partidos e enfraquecimento da crença na soberania popular e na democracia”.⁶⁴

Embora este texto não comporte maiores considerações a respeito da tese, afigura-se-nos que a virtude está no termo médio, convindo encontrar uma maneira de equilibrar a tensão entre constitucionalismo e democracia. *Nem tanto ao mar, nem tanto à terra*, pois.

As funções naturalmente transformadoras e prospectivas conferidas pelas teorias neoconstitucionalistas ao exercício jurisdicional não devem ser vistas com desprezo, preconceito e indiferença, mormente em se analisando uma sociedade como a nossa, em que uma miríade de proclamações constitucionais encontra-se relegada e muito longe de qualquer efetivação.

⁶³ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, Série IDP, p. 271-312.

⁶⁴ TORRES, Heleno Taveira. Direito e poder na atividade financeira do estado democrático de direito. In: ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Coord.); CAGGIANO, Mônica Herman (Coord.); LEMBO, Cláudio (Coord.). *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 250.

Sem embargo, como aqui se examinou, impõem-se limites às atitudes progressistas e inovadoras que o fenômeno proporciona, a fim de se mitigarem os riscos plausíveis de despontar caso não haja freios e limites fáticos, jurídicos e institucionais voltados a obstar a atuação desmedida de um poder inexoravelmente ascendente no cenário nacional.

E, como é cediço, as restrições legítimas revelam-se a melhor forma de controlar aqueles que detêm, quer por circunstâncias, quer por exageros desvestidos de maior senso de responsabilidade, um grau de capacidade decisória ainda difícil de mensurar nestes tempos.

4 Para além da jurisdição constitucional.

O intento obstinado em aferir as nuances da jurisdição constitucional patenteia-se na análise das obras especializadas recorrentes no mercado, nas quais se verifica uma preocupação – justa, diga-se – com as definições, os procedimentos e os limites impostos pelo ordenamento jurídico ao exercício funcional por parte da magistratura, quer a de primeira instância, quer, especialmente, a exercida pelas Cortes Judiciais máximas.

Atuação judicial, judicialização da política, limites à jurisdição e dogmática da separação dos poderes são alguns temas cujo aprofundamento tem-se operado para alcançar medidas que permitam uma intercessão legítima do Poder Judiciário no cenário das instituições estatais e no próprio ambiente social.

O foco resvala na construção de métodos a fim de reduzir as críticas costumeiramente feitas à representatividade do Poder Judiciário, como já se mencionou, na medida em que, na complexidade hodierna, irrompe a transferência a esse poder de tarefas naturalmente incumbidas a outras instâncias do Estado.

Sem embargo, faz-se necessário repensar esse norte. O crédito contundente na magistratura como ente responsável por solver os males públicos e privados do país, a partir do delineamento de construções e teorias doutrinárias que nutram a atividade jurisdicional de mecanismos juridicamente válidos e aceitos para a consecução de seus fins constitucionais, implica desprestigiar o titular do poder constituinte, verdadeiro destinatário de qualquer princípio e imposição fundamental: o povo.

Tal concentração de uma miríade de questões nas mãos desse poder também pode resultar na alteração da sistemática da repartição de funções constitucionalmente estabelecida, já que, inelutavelmente, a realização maciça de tamanha gama de papéis não está imune a julgamentos incongruentes que terminem ultrapassando o campo ordinário de atuação do Judiciário.

É oportuno mencionar que a condução funcional desmedida, desproporcional ou mesmo desviada é passível de acontecer em quaisquer hipóteses ou instituições, mormente em se considerando a inarredável imbricação entre as funções executiva, legislativa e judiciária,

sabido que, há bastante tempo, superou-se a dogmática tradicional que conferia à doutrina da separação dos poderes um caráter estanque, quase incomunicável.

Com efeitos, realizando todos – e cada um – os poderes as diversas atribuições exercíveis no enorme aparato do Estado, torna-se difícil, amiúde, delimitar as esferas de atuação, o que soa absolutamente constitucional em face da hodierna compreensão da tripartição dos poderes, voltada para a realização dos direitos e das garantias fundamentais, e não exatamente para a limitação de arbítrios governamentais. Como lembra Zaneti Jr.:⁶⁵

Atualmente, não se discute mais a separação de poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas. Muito embora ela seja utilizada em um ou outro precedente judicial para deixar de analisar a questão de mérito, ou como argumento retórico, na verdade, as razões para decidir são sempre outras. Isso porque, no moderno estágio de evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos “pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”.

Não se cuida aqui, de revelar-se cético frente à conduta da magistratura. Ao contrário, suas intervenções no quadro do neoconstitucionalismo mostram-se indispensáveis e deveras significativas, suprindo omissões ilícitas dos outros órgãos públicos, procedendo a aperfeiçoamentos legais e administrativos ou mesmo acolhendo postulações da opinião pública informal que não restaram contempladas nas vias ordinárias, consubstanciando, portanto, a efetivação do pacto maior.

Indiscutível, por óbvio, o grau de contribuição que pode oferecer o Judiciário nas rotinas oficial e informal, sendo incontestado que a autorização para suas interferências é encontrada no próprio corpo da Constituição de 1988, tão depositária de confianças nesse poder, talvez por perceber, inclusive, o déficit de legitimidade ou de capacidade dos outros dois àquele pareados.

⁶⁵ ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 47-48.

O objetivo deste texto é outro e busca consolidar a compreensão de que o apego demasiado à busca por soluções jurisdicionais, em qualquer ramo e em qualquer contingência, é apto a trazer efeitos mais negativos do que aqueles que, normalmente, podem-se perceber.

Redesenho do pacto federativo, modificação ou supressão das competências dos Poderes Executivo e Administrativo divididas na Constituição Federal, provimentos de efeitos aditivos similares aos produzidos pela seara legislativa, antecipação ou consagração de direitos ainda não inteiramente absorvidos pela própria sociedade, dentre outras estipulações, constituem um risco em potencial quando se valoriza em excesso e sem maiores asseverações o dever dos juízes no enfrentamento e na resolução das delicadas e controversas questões vicejantes na atualidade.

Que a resposta a essas últimas pode partir do Judiciário representa truísmo, não havendo vedação constitucional a que a judicatura assuma, contingencialmente, o papel de legítimo árbitro de conflitos ou mesmo de protagonista de determinada circunstância conflituosa. Ao contrário, como dito acima, a própria Constituição, no caso brasileiro, convoca-a agir, compreendendo sua importância na concretização dos interesses públicos primários.

Isso não deve significar, por outro lado, a recomposição veemente das funções políticas, o esvanecimento das atuações coletivas e o repúdio ou a indiferença à participação popular, impondo-se vislumbrar o ingresso do Judiciário de forma sempre excepcional, e não ordinária.

Excepcional, porque a condução dos atos da Administração e das providências legais abstratas constitui tarefa dos poderes representativos do Estado Democrático, a saber, o Executivo e o Legislativo, atávica e ordinariamente responsáveis, de modo respectivo, pela gestão da coisa pública e pela elaboração das disposições genéricas revestidas do *status* de norma jurídica, válida para todos, indistintamente e de maneira imperativa.

Logo, somente de maneira pontual – nunca, reiterar-se, comumente – é possível a intromissão legítima e respaldada da atividade jurisdicional nos pormenores dos outros poderes. As hipóteses para essa deflagração podem variar, e é possível citar as mais frequentes: inércia desmotivada e desarrazoada dos outros departamentos públicos na satisfação de seus encargos, seja por omissão deliberada em, simplesmente, atuar, seja por desprezar proclamações do corpo social; violação manifesta de direitos fundamentais; desrespeito ao direito subjetivo de grupos

minoritários participar dos debates públicos, seja no Parlamento, seja no Judiciário, seja nos grupos representativos da população incrustados, legalmente, nos inúmeros ramos de decisão do Poder Executivo.

Propugna-se a intervenção judicial circunscrita aos contextos em que os fatos supradestacados estejam em evidência, ao invés de uma exegese progressiva que transmuta em tênue a linha divisória entre o julgamento e a normatização. É preciso prestigiar, portanto, uma postura *procedimentalista* de interpretação constitucional, conquanto seja difícil olvidar que sua contraposição àquela tachada de *substancialista* não tem ganho contornos muito nítidos na doutrina, por razões que o estreito espaço destas linhas não conseguirá irradiar:⁶⁶

No primeiro sentido, as teorias procedimentais sustentam que o papel da Constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a sua natureza democrática. Isso inclui também a defesa de determinados direitos, que são tidos como pressupostos para o funcionamento da democracia, como as liberdades de expressão e de associação política. O *procedimentalismo* defende que as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político etc., não devem estar contidas na Constituição, cabendo ao povo em cada momento deliberar sobre esses temas (...). Já o *substancialismo* adota posição inversa, sustentado a legitimidade da adoção de decisões substantivas pelas constituições, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais – inclusive direitos que não estão diretamente ligados ao funcionamento da democracia.

Num mundo complexo, de ideologias e valores divididos, em que o consenso e a unanimidade são quase raríssimos na maioria absoluta das grandes controvérsias, a solução perpassa os desafios inseridos na imprescindibilidade de escolha, pela magistratura, de um papel ativista ou de autocontenção. Enfatizando esses desacordos e antecipando uma notória preocupação, diz Dahl:⁶⁷

Os processos encaminhados à Suprema Corte envolvem frequentemente alternativas sobre as quais há desacordos entre os integrantes da sociedade civil, como no caso da segregação ou regulação econômica. Ou seja, a esfera processual é “política”. Do mesmo modo, são casos em que os competentes estudiosos do direito constitucional, englobando até mesmo os experientes juízes da Suprema Corte, entram em desacordo; em que as palavras da Constituição são gerais, vagas, ambíguas ou não claramente aplicáveis; em que a jurisprudência pode ser encontrada em ambos os lados; e em que os especialistas diferem na predição das consequências das diversas alternativas ou no grau de probabilidade de que as possíveis consequências venham a ocorrer de fato. De forma típica, em outras palavras, embora não haja

⁶⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 221.

⁶⁷ DAHL, Robert A., Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, p. 26-27, 2009.

consenso comum sólido sobre as alternativas supostamente abertas (a), há um desacordo grave sobre as questões que influenciam as consequências e as probabilidades (b) e (c), e as questões de valor, ou a forma como as diferentes alternativas devem ser ordenadas, de acordo com os critérios que estabelecem a preferência relativa (d).

Conquanto não se resvale na pecha atribuída ao termo “ativista”, compreende-se que este, diga-se novamente, deve ser atributo episódico dos juízes, a irromper quando a emergência de fatos ofensivos à Constituição não enseja outra alternativa ao poder de, simplesmente, atuar e decidir.

A saída adversa em tais momentos ensejaria ato próprio de prevaricar, como se fosse possível permitir que juízes provocados pudessem quedar-se silenciosos e travestir-se de avestruzes quando as hipóteses já esboçadas, que envolvem toda a argamassa do Estado de Direito, acontecerem.

A defesa de uma atuação extraordinária do Judiciário deve simbolizar, portanto, duas percepções. A primeira, que os juízes encontram-se plenamente imbuídos de legitimidade constitucional para figurar como coautores do processo de construção, desenvolvimento e realização dos valores reputados fundamentais pelo texto maior, ainda que isso implique a assunção de objetivos originária e rotineiramente ínsitos a outros departamentos de Estado. A segunda, que esse papel de grande relevância jamais deve sobrepujar a constatação de que as rédeas da vida e do disciplinamento das intrincadas relações jurídicas e sociais devem, embrionariamente, ser tocadas pelo povo.

E “embrionariamente pelo povo” está a indicar o enaltecimento da participação – primária – das massas nas formas que o sistema democrático agasalha: diretamente, mediante os instrumentos do plebiscito e do referendo (art. 1º, parágrafo único, da CF) e a atuação incisiva nos fóruns oficiais e sociais, ou indiretamente, mediante seus representantes.

Atuação, convém salientar, revestida do manto da primariedade, pois é o senhor do poder constituinte o sujeito que deve traçar, individual – por meio de sua consciência cidadã participativa – ou coletivamente – por meio da aglomeração dos grupos de pressão, reivindicatórios de seus interesses desejáveis –, os caminhos que pretende perseguir com o condão de alcançar a concretização de seus direitos. Como sublinha Unger: ⁶⁸

⁶⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004, p.130-133.

A forma teórica sofisticada da resposta é o interesse no direito além do Estado, o direito feito de baixo para cima, auto-regulação e *autopoiesis*. A forma prática mais banal é a ênfase conferida ao “princípio da subsidiariedade”, segundo o qual o poder deve ser transferido o mais longe possível da administração estatal central, e pra baixo, em direção ao indivíduo, à família, à empresa e ao governo local. Cada nível mais alto assume apenas aquelas responsabilidades que o nível imediatamente inferior não tem capacidade para cumprir eficazmente (...) Deve caber aos Estados democráticos o papel residual, porém decisivo, de estabelecer os limites fundamentais à variação e à desigualdade na alocação descentralizada de recursos produtivos (...) Devemos rebaixar o papel do juiz, conferindo-lhe uma responsabilidade especializada, excepcional e secundária. O corpo cívico como um todo deve se tornar o interlocutor primário da análise jurídica. O papel primeiro do jurista deve ser o de servir como assistente técnico do cidadão.

As escolhas pessoais, as rejeições, as diferenças, as virtudes, as chances, as facilidades e os obstáculos, manifestados por vícios e virtudes que lastreiam um ideal de justiça certamente inatingível, materializam-se muito menos forçosamente quando o alvo da norma é também seu criador.

A convivência democrática e, por conseguinte, a incursão do cidadão num experimentalismo cívico revelam-se etapas imprescindíveis para a realização constitucional. Se, por um lado, como é sabido, a simples formalização de leis e a singela existência de uma Constituição não conseguem, por si sós, converter em realidade um enunciado normativo, por outro, diga-se a mesma coisa quando do fato de a solução da disputa demandar um provimento jurisdicional.

Provimento jurisdicional, não se esqueça, que é heterônomo e externo, não muito sabedor das nuances e vicissitudes afetas aos valores, sentimentos, desejos e repulsa dos particulares e dos tecnicismos, sistemáticas, procedimentos e internalidades do corpo estatal.

As resoluções jurídicas, não poucas vezes, deixam de pacificar a celeuma de modo derradeiro, em virtude da litigiosidade claramente remanescente quando se atribui a terceiros o arbitramento da contenda, sem a participação maciça das partes realmente interessadas no problema.

Efeito que também se manifesta nos dissídios entre os poderes, não sendo incomum que, após uma decisão judicial progressista ou deveras contestável, deixe-se de cumpri-la ou busque-se alterá-la a partir de inovações e modificações legislativas ou mesmo de providências administrativas tendentes a contornar os problemas que surgem após uma atuação inexitosa do Judiciário.

Outro corolário da supervalorização das teorizações jurídicas é a natural desmobilização dos fóruns informais das comunidades, que, deixando de exercer rotineiramente seus misteres cívicos ao transferir a resolução de seus reclamos para outros sujeitos, acostumam-se com providências jurisdicionais, efetuadas de cima para baixo, quando, verdadeiramente, o contrário é que deveria acontecer. Leciona Bickel: ⁶⁹

A further, crucial difficulty must also be faced. Besides being a counter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review expresses, of course, a form of distrust of the legislature. “The legislatures”, wrote James Bradley Thayer at the turn of the century, are growing accustomed to this distrust and more and more readily inclined to justify it, and to shed the considerations of constitutional restraints, - certainly as concerning the exact extent of these restrictions, - turning that subject over to the court; and what is worse, they insensibly fall into a habit of assuming that whatever they could constitutionally do they may do, - as if honor and fair dealing and common honesty were not relevant to their inquiries. The people, all this while, become careless as to whom they send to the legislature; too often they cheerfully vote for men whom they would not trust with an important private affair, and when these unfit persons are found to pass foolish and bad laws, and the courts step in and disregard them, the people are glad that these few wiser gentlemen on the bench are so ready to protect them against their more immediate representatives ... It should be remembered that the exercise of it [the power of judicial review], even when unavoidable, is always attended with a serious evil, namely, that the correction of legislative mistakes comes from the outside, and the people thus lose the political experience, and the moral education and stimulus that comes from fighting the question out in the ordinary way, and correcting their own errors. The tendency of a common and easy resort to this great function, now lamentably too common, is to dwarf the political capacity of the people, and to deaden its sense of moral responsibility. It is no light thing to do what.

De certo, confiar a forças externas – e externa é a judicatura em relação aos indivíduos com os quais, em tese, ela deve se preocupar – o desate das cizânias que afloram no universo social e os empreendimentos constitucional e legalmente inseridos no ordenamento jurídico como programas finalísticos a serem perseguidos provoca a retração do vigor e da potencialidade popular, sabido que somente a prática cotidiana das tarefas cidadãs é idônea a perfectibilizar o gosto e a vivência democrática.

A letargia cidadã, o desinteresse político, a indiferença coletiva, o desapego democrático e o egocentrismo não são casuais; antes, refletem o desenvolvimento natural de nossa própria trajetória histórica. Jamais foi firme, na evolução político-jurídica brasileira, uma

⁶⁹ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press; 2nd edition (September 10, 1986), p. 21-22;

tradição participativa, tendo os direitos, especialmente os sociais, resultado mais de imposições e favores governamentais que de avanços da sociedade civil. Assevera Wolkmer:⁷⁰

Os direitos sociais não aparecerão de forma espontânea e acabada mediante processos democráticos, lutas populares e avanços da sociedade civil, sendo, portanto, muito mais resultante de imposições e resistências, concessões e favores no jogo estratégico das velhas elites oligárquicas. Comprova-se, assim, a inexistência em nossa evolução político-jurídica de uma tradição participativa de base popular-burguesa, pois o constitucionalismo brasileiro, quer seja o político, quer seja o social, tem sido, até hoje, o permanente produto da “conciliação-compromisso” entre o autoritarismo social modernizante e o liberalismo burguês conservador.

Da mesma forma, no seio dos movimentos partidários e associativos, vieram à tona combates, sufocamentos, extinções, vedações e outras formas restritivas operadas em desfavor de quaisquer grupos desejosos de reunir-se coletivamente para demandar mudanças ou simplesmente protestar, como se deu, exemplificativamente, no período do regime militar brasileiro, entre 1964 e 1985.

As consequências, então, não surpreendem: a arraigada cultura que vislumbra o Estado como concedente de dádivas, a baixa confiança de cada um no próximo e em seu semelhante como coautor reivindicatório de direitos e construtor das estradas do progresso político e social, a baixa noção sobre os instrumentos de direta participação popular, dentre outras derivações da naturalidade com que se reserva a órgãos oficiais o papel de eminente provedor do elemento *povo*.

Essas considerações ganham relevo para a análise do foco deste texto e encontram-se a par das preocupações descritas. A incessante procura por desenvolver teorias e escritos doutrinários e jurisprudenciais para legitimar o Judiciário nesse contexto de ascendência da judicatura no cenário nacional, assim como a tentativa de muni-lo de ferramentas destinadas a diminuir as críticas à sua representatividade, nutre *mais do mesmo*: fortalece o Estado (no caso, o Estado-Juiz) e enfraquece ou pouco modifica o status passivo de quem, na realidade, precisa de doses de instigação e proatividade.

A solução objetivada deve abraçar a prática diária do exercício conjunto de nossos deveres sociais. Não que os valores ou as obrigações individualizadas sejam de menor importância, mas o destaque aos atributos *coletivos* encontra mais consonância com o pacto

⁷⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989, p. 142.

geral e institucionalizado entre indivíduos, aglomerados pelo ente Estado. Consigna Ferreira Filho:⁷¹

Como é notório, o Direito nasce, se não todo, pelos menos em grande parte, no seio dos grupos sociais. Nestes, em função de interesses, formulam-se pretensões que traduzem concepções sobre o justo e o injusto. Isso é particularmente verdadeiro no que concerne às normas que devem reger as relações dos indivíduos entre si e com os vários grupos onde se integram para a persecução de objetivos comuns. E, como é sabido, para defesa de seus interesses encarnados nessas pretensões, não hesitam os grupos em lutar, quando mais não seja por meio da pressão política, aberta ou disfarçada. Sendo assim os grupos a fonte do Direito, não parece desarrazoado reconhecer essa realidade no plano do processo de elaboração das leis. Ao contrário, parece ser até de bom senso que a iniciativa, o poder de propor a edição de regras jurídicas novas, deva ser reconhecido aos grupos sociais. Igualmente, não é disparatado que, travando os grupos luta intensa para influenciar, dos bastidores, a legislação, luta que não pode ser impedida, sejam eles admitidos a, num processo regulamentado, defender as normas que propuseram ou combater as que outros sugeriram.

Estado, diga-se, que, apesar de claramente proclamar a fundamentalidade da dignidade da pessoa humana (ou seja, de cada cidadão), plasmada, no caso brasileiro, no art. 1º, III, do texto fundamental, carrega, em sua função legislativa, a atávica ideia da contemplação genérica e abstrata dos iguais, a reforçar a compreensão ora expendida no sentido de que a premência deve ser o trato coletivo, e não particularizado.

Esse viver cotidiano alimenta a cidadania, fortifica a democracia, mobiliza as comunidades, aproxima os cidadãos, informaliza as conquistas e desburocratiza os procedimentos estatais, na medida em que promove fórmulas múltiplas e alternativas de consecuições das promessas constitucionais, ao invés de sacralizar uma opção formal e dogmática de ideal de poder.

A consagração irrestrita de uma ordem natural imanente de poder e sociedade, impende asseverar, também ajuda a configurar a imobilização acima evidenciada. A admissão de conceitos únicos e teorias singulares de regime de governo, distribuição de funções estatais, normas de mercado ou arcabouço de direitos e garantias repele o pluralismo, engessa avanços e inibe o cooperativismo e a inovação, ambos indispensáveis para o atingimento de novas direções sociais capazes de alcançar bem-estar e justiça por intermédio de novas estruturas.

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 303-304.

O fechamento a novas ideias, no plano do direito e das disciplinas a ele intrinsecamente ligadas, não é uma visualização incomum. Isso ocorre no direito estrangeiro, a partir da consagração de declarações unívocas disciplinadoras da forma de atuação das instâncias estatais e informais, por meio de mecanismos de regramento das jurisdições constitucionais, dos Parlamentos e da Administração, e também no direito pátrio, o qual, refletindo o primeiro, repete enunciados normativos, importa institutos e resvala em cópias de textos constitucionais inteiros, às vezes de modo, inclusive, apriorístico.

Abstrações e rigidezes nem sempre são saudáveis, especialmente em se considerando as multiplicidades valorativas e as incontáveis divergências subsistentes em todos os setores da vida social, circundantes ao direito e que este busca abarcar ao incumbir-se da tarefa de solução de litígios e de normatização de condutas.

Trata-se dos desacordos sobre os quais já se falou neste espaço, que impedem, razoavelmente, a obtenção de uma fórmula absoluta e universal, quer sobre direitos humanos e fundamentais (a distinção teórica existente entre as duas concepções não será priorizada), quer sobre a divisão das funções estatais, consubstanciadas na qualificação a regimes ou sistemas de governo e de administração judiciária como os mais adequados e exitosos aos fins perseguidos.

A impossibilidade de alcance de tal exclusiva composição tem serventia para que se compreenda a imprescindibilidade de valorização do *plural*, do *alternativo* e das *experiências*. A desejada atividade popular não se coaduna com as inflexibilidades dogmáticas que propugnam o absoluto e repudiam a relatividade. Impendem alternativas, vanguardismos, evoluções, e não exclusivismo e retrocesso.

Novos caminhos, novas possibilidades e diferentes opções de convívio informal e traços institucionais afiguram-se mais consentâneos com os fatores fragmentários das civilizações. Num mundo dividido e impassível de plena homogeneidade de ideias e atitudes, impõem-se ao direito adequações e remodelagens. Afinal, o direito serve à sociedade, e não o contrário.

Defendendo sua tese do pluralismo jurídico, fala Wolkmer, em outra obra, que a ordem jurídica não pode ser exclusivamente reduzida a instituições e aos órgãos representativos do monopólio estatal:⁷²

Neste espaço de sociedades divididas em estratos sociais com interesses profundamente antagônicos, instituições político-jurídicas precárias, emperradas no formalismo burocrático e movidas historicamente por avanços e recuos na conquista de direitos, nada mais significativo do que constatar que o pluralismo dessas manifestações por “novos” direitos é uma exigência contínua da própria coletividade em face das novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas colonialmente (...) Ainda que os chamados direitos “novos” nem sempre sejam inteiramente “novos”, na verdade, por vezes, o “novo” é o modo de obtenção de direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial –, mas provêm de um processo de lutas e conquistas das identidades coletivas para o reconhecimento pelo Estado. Assim, a designação de “novos” direitos refere-se à afirmação e materialização de necessidades individuais (pessoais) ou coletivas (sociais) que emergem informalmente em toda e qualquer organização social, não estando necessariamente previstas ou contidas na legislação estatal positiva.

A defesa impassível dos alicerces de poder e de direitos já estruturados pode ter boa utilidade quando os diplomas normativos e as sistemáticas estatais objeto de análise demonstram-se frutíferos. Por outra via, não se pode olvidar a possibilidade de suas insuficiências, de seu viés obsoleto ou mesmo de sua inteira inadequação às exigências e postulações da modernidade.

É nesse ponto de repensar de estruturas e de refletir sobre mudanças ou aperfeiçoamentos onde, de fato, é necessário melhorar que sobressai a importância da busca por novos instrumentos que incutam no povo o ideal da cidadania e da fraternidade, a fim de torná-lo convicto de que as agitações populares constituem a força propulsora da sociedade, à qual o direito, é bom repetir, paga tributo.

A mais engrenada valia dos instrumentos do plebiscito e do referendo, o poder de iniciativa legislativa da comunidade, o veto popular, o ato revogatório de mandato eletivo, a obrigatoriedade do voto, a criação do *recall*, a possibilidade de convocação antecipada de eleições, a efetivação dos mecanismos de transparência e *accountability* e o fomento às mobilizações participativas dos cidadãos constituem, de modo inequívoco, um arcabouço apto,

⁷² WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 178-179.

em tese, a contribuir positivamente para os objetivos desejados nas proposições feitas no presente capítulo.

Fala-se “em tese” por honestidade intelectual, não por descrença ou pessimismo. Entre o formal e o real, o sonho e a realização, sabe-se, pode existir um abismo. É que não se desconhece a imensa dificuldade à aprovação de projetos legislativos desse jaez, por razões a seguir justificáveis.

Primeiro, porque se cuida de deliberações a serem tomadas com o intuito de fortalecer o papel cívico nas lutas diárias e, contrária e conseqüentemente, retirar parcela de poder dos representantes do povo, quais sejam, os parlamentares, elaboradores naturais das leis e com quem a população em geral passará a repartir funções e responsabilidades antes centralizadas unicamente naqueles.

Segundo, porque não se deve ignorar o temor sempre latente à atuação dos grupos informais, a quem ordinariamente se atribuem ignorância e despreparo no que diz respeito a políticas públicas e, no todo, mesmo noções de direito. Tantas vezes, evita-se o povo e tacha-se-o de desqualificado, supondo-o incapaz de decidir a seu próprio favor.

Terceiro, porque os custos políticos da pretensa aprovação de quaisquer desses projetos são dispendiosos, por envolverem grupos corporativos deveras poderosos, como financiadores de campanhas, empresários e grandes proprietários de meios de comunicação, para quem não interessam mudanças significativas em estruturas tão conservadoras quanto lucrativas.

O interessante é combater o “deixa como está para ver como fica”, o “é preciso mudar para que tudo continue como está”, assertivas tradicionalmente utilizadas pelos resignados ou pelos que se quedam inertes esperando soluções utópicas a problemas concretos que, já se comprovou, as vias estatais não logram resolver.

Não se pode deixar de tecer algumas linhas sobre um óbice comumente colocado à praticidade democrática ora defendida: a ausência de tempo hábil ou de interesse político das pessoas comuns para as tarefas inerentes aos encargos cívicos e institucionais.

De certo, a acumulação cada vez maior de atividades diárias, divididas no trabalho, em casa ou no lazer, numa ambiência hodierna que naturaliza as longas jornadas e o estresse,

sugere a inviabilidade de achar-se um tempo disponível para o fazimento minimamente razoável das atividades de que o exercício constante e necessário das virtudes democráticas necessita.

Sem embargo, essa incontroversa constatação fática não pode impedir que o ideal desvaneça, como se a dificuldade de participação de muitos nos afazeres proclamados excluísse os desígnios de outros tantos em cooperar ativamente nas agitações políticas, meio para a celebração das conquistas intentadas.

Ademais, destaque-se o potencial influenciador das manifestações organizadas, cujos desencadeamentos e reiteradas organizações têm aptidão para agregar novos atores e retirar da passividade os céticos ou alheios à agenda política nacional. Vale dizer, copiam-se os exemplos, irradiam-se as ideologias, convidam-se os iguais e, por conseguinte, somam-se os números responsáveis pela materialização dos interesses intrínsecos a um pertencimento social.

Virtude é hábito. E todo hábito se constrói e mais bem se desenvolve pela repetição. A atitude de poucos, já maximizando e endossando a validade da preocupação sobredestacada, em adentrar as postulações, exigir e mobilizar-se perante o labor diário do Estado e da sociedade é idônea a angariar simpatizantes, os quais, antes avessos às possibilidades coletivas, seja por apatia, seja por desconfiança, seja por escassez de tempo, podem interessar-se e resolver dar sua parcela de contribuição para o fim mais nobre: o altruísmo.

Torna-se claro, então, que, o ideal narrado não é inatingível. Ao contrário, talvez a pouca atenção a ele ofertada esteja obstruindo suas possibilidades, já que o pouquíssimo estímulo freia a potência do povo e inibe sua conscientização. Esta, importa sublinhar, apesar de permanecer em estado latente, apresenta poderes para despontar súbita e intensamente, como se verifica atualmente em alguns polos do País – e também alhures –, a partir do uso maciço da internet e dos meios impressionantemente rápidos de comunicação.

O direito não precisa ser o centro estatal, profeta de todas as realizações e desembocadura integral das agruras de cada indivíduo. De igual maneira, a jurisdição constitucional não deve ser posta em um pedestal, qualificada como nobre possuidora de todos os atributos indispensáveis para decidir a respeito de quaisquer querelas, a tempo e

oportunamente. Não os possui, nem é seu papel apreendê-los. Completa Unger ao falar sobre o intenso apreço às capacidades do Judiciário:⁷³

A pressão sobre a racionalização reconstrutiva que resulta do culto à Constituição pode ser um caso extremo da repressão à crítica e ao ajuste institucionais, mas é apenas o exemplo extremo de algo que permeia todas as crenças e métodos do estilo ora dominante de doutrina jurídica (...) Todas as escolhas trilham um caminho intermediário entre uma idealização inacreditável do direito, que pode servir de disfarce para usurpação do poder pelos operadores do direito, e a usurpação direta do poder que resultaria da hipertrofia da responsabilidade dos juristas para aperfeiçoar o direito pela rejeição revisionária de parte dos entendimentos aceitos do direito como equivocados (...) O direito oferece uma resposta real para problemas reais, mas uma resposta que se detém no limiar da mudança estrutural e da reimaginação estrutural. A parada pode ser justificada pela objeção de que juízes, autoridades e outros aplicadores legítimos do direito não devem e não podem servir como agentes de transformação estrutural. Contudo, essa objeção surge – a próxima parte deste livro irá sustentar – de uma obsessão empobrecedora, inibidora e supersticiosa, com a aplicação do direito como a tarefa central da análise jurídica (...) A questão da decisão judicial não merece tal privilégio.

As páginas da vida necessitam ser construídas por quem tem a mais densa capacidade de desenhá-las. No roteiro das belas crônicas, grande destaque é dado a quem semeia sua esperança e colhe seu próprio sucesso, de modo distinto do desapareço conferido ao desanimado personagem que subsiste na *existência* sem viver a *vida*.

A analogia soa útil, instando impulsionar os elementos orgânicos não oficiais como agentes de transformação e objetivar, pois, uma maior eficácia social das disposições jurídicas reinantes no Estado. A incessante repetição tem seu valor: ao Judiciário, o excepcional e o inelutável, nunca o novelo proeminente de nossas enrolações.

A par dessas teses valorizadoras da contundência popular, urgem a aclamação da *teoria dos diálogos interinstitucionais* e a importância do apego aos grupos sociais de reivindicação, sobre os quais já se falou, na certeza da imprescindibilidade da pulverização dos participantes do jogo democrático, porquanto acreditar que a interpretação singular, por um único poder, a litígios tão diversos quanto controversos (nos campos político, social,

⁷³ UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 78, 100, 125-126 e 134.

econômico, familiar etc.) é idônea a resolver a questão de maneira definitiva é, no mínimo, ingênuo.

A maior penetração dos indivíduos, para a defesa de quem nosso ordenamento precipuamente destina-se, no palco dos conflitos visa contemplar e realizar a própria democracia, concedendo ao povo o papel de árbitro titular do jogo complicado da vida. Fomenta-se, então, a participação secundária – nunca primária – do arcabouço estatal, o qual deve servir de orientador, e não de ator principal, nas intempéries cotidianas.

Novas experimentações políticas, cívicas e sociais, criação e melhoramento dos instrumentos de difusão e participação popular, imersão de novos atores na burocracia diária dos órgãos dos três poderes: eis um modo profícuo de realizar os ditames do Estado Democrático e, conseqüentemente, a própria Constituição.

Nessa esteira, na busca por formas de solução de demandas alheias ao aparato oficial do Estado, destacam-se também os mecanismos autocompositivos de litígios. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem qualificam-se como instrumentos de efetivação extrajudicial de conflitos e inserem-se neste contexto. Pontua Trindade:⁷⁴

O juiz, que tem o poder de decidir o conflito a ele trazido pelas partes, encerra a sua atividade jurisdicional com a sentença de mérito, e, conforme comumente se observa, a parte vencida acaba transferindo ao Poder Judiciário sua frustração, o que pode gerar novos obstáculos durante a execução da sentença, incentivando novas lides. Nesse contexto, uma prática possível são os métodos alternativos de conflitos interpessoais, pois, de acordo com o método escolhido, são as próprias partes que irão compor o litígio construindo uma forma satisfatória de composição.

Esses já receberam, a propósito, importantes cuidados por parte de todos que se preocupam com a delicadeza do tema da pacificação social, meta maior do Judiciário, mas nunca, repita-se, incumbência exclusiva deste. Relembra-se: atuação extraordinária, e não vulgar.

Ressalta-se que tais instrumentos mereceram contundente prestígio do Novo Código de Processo Civil (de que são exemplos os artigos 3º e 165), diploma de 16 de março de 2015

⁷⁴ TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 302.

que estimula juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público a buscar métodos de solução consensual de demandas:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

O espírito da novel legislação, tão propagado hodiernamente nas calorosas e longuíssimas discussões que envolveram a promulgação do recente estatuto, por um lado, contrapõe-se ao discurso ainda tão irradiado e guinado a vislumbrar o Judiciário como palco exclusivo da prevenção, do tratamento e da resolução das brigas sociais.

Lado outro, as razões fáticas e jurídicas que embasaram a lei destacada harmonizam-se com a defesa ora sustentada, no sentido do enaltecimento dos laços democráticos e dos cidadãos como protagonistas da origem, do desenvolvimento, da definição e do desfecho de sua própria história.

História imbuída de pormenores cuja intimidade não se afigura razoável imaginar que seja de conhecimento palpável por parte do Judiciário, que, embora possa oferecer pronta e efetiva resposta, longe está de constituir a entidade mais naturalmente preparada e intrinsecamente incumbida de delinear e reger os rumos do teatro mundano.

Nessa linha, insta concluir que a atuação fora das arenas sociais não desata os nós dos problemas. Ao contrário, frequentemente os embaça e contribui para robustecer ou prolongar as cizânias já instauradas ao retirar do povo a função de guia de seu próprio destino.

Não há panaceias neste particular. Sempre vale repetir que não se está olvidando da magnitude da função do Poder Judiciário no interior das instituições formais e dos auditórios comunitários. Trata-se de poder explicitamente convidado pela Constituição Federal a participar da construção dos projetos estabelecidos pelo constituinte na promulgação do texto fundamental. Contudo, a existência e a intensidade do chamado e do voto de confiança não

significam que se delegue à judicatura a função de presidente do caminho tortuoso que traça cada indivíduo, tanto com seu próximo, como com o Estado ao qual se vincula.

O presidente nacional precisa ser cada um e todos nós. Impede nutrir a fraternidade, solidariedade, cooperação, participação e convivência coletivas. Apenas a concretização de modos paralelos ao estatal para a consecução dos fins constitucionais – realização de direitos e satisfação de compromissos e objetivos fundamentais – é apta a transformar em real e seguro aquilo que a norma, formal e idealmente, já estipula.

Uma configuração institucional e informal, pois, *para além da jurisdição constitucional* deve simbolizar ou refletir esse maior merecimento conferido aos legítimos titulares do poder constituinte, superando-se a visão profundamente defensora do exercício jurisdicional como saída para sanar as crises institucionais e populares que grassam inevitavelmente por todos os quadrantes.

Diz Mudrovitsch que os agentes primários do pensamento jurídico devem ser a sociedade civil, e não o Estado-Juiz, em consonância com o que aqui se desenha.⁷⁵

A sociedade civil organizada e aquecida possui importância significativa para a transição do estágio de dormência generalizada das democracias mundiais ao momento da aceleração democrática plena que representa o *objetivo último e assumidamente inalcançável* do experimentalismo institucional. A existência de arenas de dissenso, nesse sentido, é pressuposto para a produção de *políticas transformativas*.

Com efeito, como obtemperado logo no intróito ao presente capítulo, o incessante objetivo de estabelecer definições, procedimentos e restrições ao exercício jurisdicional com o condão de legitimá-lo consubstancia uma preocupação excessiva e dispendiosa.

Ao endossar o predomínio de um poder estatal no rol de operadores dos desafios e compromissos sociais, econômicos e políticos, não se prioriza quem, verdadeiramente, constitui o fim e fundamento do Estado de Direito qualificado pela Constituição de 1988 com o *status* democrático: o povo, que é presidente, guia e regedor das avenças estabelecidas e para quem as transformações progressivas buscadas se destinam.

⁷⁵ MUDROVITSCH, Rodrigo. *Desentrinchamento da jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, Série IDP, p. 106.

Interlocutor primário das aflições e anseios do corpo cívico, é esse agente quem necessita adquirir o título quimérico de guia e perseguidor de direitos e interesses gerais pretendidos. A ilusão não é inimiga da realidade. A utopia não se transmuta em verdade sem que exista o visionário, este último o único sabedor de seus caprichos e vontades e das dificuldades mundanas que lhe pesam.

À proporção que se enaltece o sujeito, potencializa-se a relutância popular, já que, sabedor dessa valorização e das alocações de tarefas efetuadas nos campos formal e informal dos elementos do Estado, a sociedade, por certo, não aquiescerá totalmente às decisões dos poderes republicanos.

A despeito da possibilidade de compreensão do caráter impositivo das regências do Estado – reiterando o que já posto quanto à *obrigatoriedade* como caractere da norma jurídica –, o inconformismo e a recalcitrância naturalizam o sentido da resistência coletiva, ordinariamente capaz de irromper quando determinações do poder público não se afigurem conducentes com o sentimento cívico em geral, expresso em parcela ou na integralidade da mente dos cidadãos.

Escrevendo sobre nossa Corte Suprema e a pressão da mídia e da opinião pública, realça Falcão:⁷⁶

Quando se constata o divórcio entre o Supremo, as demandas e os ideais dos cidadãos, estes podem reagir e propor novas leis no Congresso para mudar as decisões do Supremo. Podem influenciar novas indicações de ministros, podem até tentar mudar, via Congresso, o formato institucional do Supremo, reduzir o número de seus integrantes ou retirar-lhes o caráter vitalício. A mídia, a opinião pública e os eleitores podem muito bem retirar a legitimidade de um magistrado. Como acontece, aliás, frequentemente. Podem deixar de acreditar nele. E *à la limite*, deixar de acreditar no próprio Judiciário.

Isso não implica desrespeito, intolerância ou desprezo às instituições, o que seria típico de um anarquismo que, raramente desprovido de hipocrisia, crê na eficácia de um sistema destituído da força das autoridades, como se fosse possível aos homens, mormente em nossa contemporaneidade, subsistir em sociedade sem a indicação legítima de representantes para o exercício dos cargos privados e públicos indispensáveis à gestão das tarefas cotidianas.

⁷⁶ FALCÃO, Joaquim. *O Supremo: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 146.

Em verdade, o *inconformismo* sugere a discordância, inata aos que absorvem a grande recorrência dos desacordos e dos dissídios ideológicos e valorativos que vicejam na atualidade. A palavra não quer dizer repúdio, menosprezo ou indiferença, todas estas, sim, inexoravelmente representativas da aversão ao pluralismo e do desacato, ambos passíveis de configurar-se tanto quando se despreza o diferente, como quando se ignoram os provimentos dos poderes da República.

Discorde-se, pois, mas que se respeite: expressão que possui utilidade em todas as searas, quer nas relações interpessoais, quer na sujeição passiva de cada indivíduo ao ente estatal correspondente, perante o qual aquele se submete por meio de mandamentos e proibições.

A solução parece repousar nas trocas de ideias ou no intercâmbio de informações, como antes já se escreveu aqui. Se o Estado-Juiz, restringindo o raciocínio para o que interessa nestas linhas, possui o dever constitucional de expedir provimentos para o desenlace do contencioso, impende cumpri-los, sob pena de aceitação da pecha da *perfumaria*.

Esse último conceito, longe de ser ilusão, ao considerar a Carta Magna apenas um repositório de conselhos e estipulações sem força obrigatória ou vinculativa, representou realidade bastante vistosa por uns tempos e foi propugnada por muitos estudiosos que, ao repelir diretamente o caráter de norma jurídica do texto constitucional, indiretamente contribuíam para o descrédito do poder responsável pela efetivação e pelo equilíbrio da Constituição: o Judiciário.

Não se deseja um Judiciário desacreditado, por inapto em suas determinações e por ineficaz em seus comandos. Isso seria um fomento à degenerescência do Estado de Direito, com todas as implicações consistentes no abalo às instituições, com o que este texto, em absoluto, jamais conseguiria concordar.

O intento perseguido é diferente e assenta-se nas qualidades do povo, ser de naturais potencialidades para insurgir-se e reivindicar quando emergem as queixas, as contrariedades e as idealizações; dotado de atributos propensos a reinvenções, repaginadas e aperfeiçoamentos.

Sequiosos por, simplesmente, lutar e modificar as condições sociais, políticas e econômicas estabelecidas pelo conservadorismo do poder, essa robustez cívica precisa municiar-se de ferramentas para contestar as decisões que não lhe aprouverem, seja por meio

dos recursos genericamente estabelecidos no sistema jurídico, seja por meio do fenômeno dos embates sociais.

A segunda opção é mais virtuosa e representa a essência da cadeia político-social, consignada na ideia de que a heterogeneidade dos valores e das ideologias de uma coletividade complexa e plural deve conduzir à aceitação da inexistência de teses uníssonas ou imunes a nulificações ou aperfeiçoamentos.

O ideal, uma vez mais se destaca, é firmar a tese de que o *absolutismo*, a *última palavra* e o *definitivo* devem ser temperados no direito. Afinal, se nem mesmo a definição de Justiça se logra em êxito em alcançar, por qual razão haveria de se autorizarem o monopólio de poder e a consequente concentração axiológica?

O bom estudo da matéria intenta repelir que se confira o monopólio da interpretação constitucional a um único poder, o que prestigia o caráter aberto da leitura dos valores fundamentais, pluralizando o debate entre as instituições e nutrindo a democracia. Consigna-se a orientação de Sustain:⁷⁷

Constitutional law is not only for the courts; it is for all public officials. The original understanding was that deliberation about the Constitution's meaning would be part of the function of the President and legislators as well. The post-Warren Court identification of the Constitution with the decisions of the Supreme Court has badly disserved the traditional American commitment to deliberative democracy. In that system, all officials – not only the judges – have a duty of fidelity to the founding document. And in that system, we should expect that elected officials will have a degree of interpretive independence from the judiciary. We should even expect that they will sometimes fill the institutional gap created by the courts' lack of fact-finding ability and policy-making competence.

Admitir tal constatação permitirá, de modo legítimo, que os cidadãos reforcem demandas e nutram reivindicações que tenham o condão de tornar certo entendimento judicial reputado *injusto*, *extemporâneo* ou mesmo *impopular* mais conducente com a aspiração popular do momento.

Em palavras mais objetivas, tomando como exemplo uma decisão contestada do Supremo Tribunal Federal, o intento será a atuação enérgica e congruente para convencer os atores oficiais do poder de que certo *decisum* não se sustenta e necessita de reversão,

⁷⁷ SUSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, 2001, p. 162.

independentemente, por lógico, do esgotamento das vias recursais e dos trâmites formais do processo.

O resultado pretendido, que terá seu êxito em providências administrativas ou legais contrárias ao que restou decidido na esfera judicial, pode plenamente acontecer a partir de audiências populares e movimentos associativos, ações diretas que se somarão às influências indiretas que esses grupos podem exercer ao provocar seus representantes políticos.

É preciso, em definitivo, confiar mais na força viva da sociedade, fonte material do direito e real inspiradora dos órgãos oficiais editores das legislações. Legislar sem atenção aos fatores culturais, econômicos, políticos e sociais do presente é, de fato, um dos mais graves equívocos constatados por todos os que se voltam para o estudo sociológico desse tema.

Fazê-lo é um chamado à *inefetividade* de todo o ordenamento jurídico, aprofundando o abismo entre o *ser* normativo e o *dever-ser* da realidade social, com a consagração de leis álibis, simbólicas, casuísticas, infrutíferas ou, simplesmente, avessas a seus determinantes históricos. Essa circunstância, de acordo com Guerra Filho e Carnio:⁷⁸

(...) por si só, justifica que se veja a *Constituição como um processo*, tal como propusemos em outra oportunidade. Sim, porque a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abre canais para essa participação.

Urge rejeitar as críticas comezinhas insistentemente pregadoras do discurso do povo *ignorante e insuscetível* de decidir suas rotas, as quais, invariavelmente, alimentam a *obsessão* jurisdicional e a *juristocracia*.

Nessa linha, impende que o elemento comunitário sobressaia-se, reunindo-se os cidadãos em núcleos associativos onde, com altruísmo, generosidade e mútuos esforços, inequivocamente, despontarão iniciativas destinadas ao alcance dos bens desejados.

⁷⁸ CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: a expansão política do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 170.

Não que seja despicienda ou inútil a atuação individual. Ao contrário: as condutas singulares são de extrema valia e impulsionam, por óbvio, as metas diárias de cada cidadão. Aliás, a conclusão não poderia ser diferente, sendo cediço que a dignidade da pessoa humana, princípio do Estado Democrático, alicerça o núcleo básico dos direitos fundamentais, dentre os quais a autonomia da vontade, indissociável do livre arbítrio que motoriza nossas disposições para agir, pedir ou reclamar.

Todavia, o geral sobrepuja o indivíduo no que diz respeito à tabela de alcance efetivo dos fins propugnados. De certo, nada mais profícuo do que deliberações engendradas por grupos organizados, independentemente do caráter majoritário do bloco, conhecedores das vicissitudes de seus integrantes e incessantes na tarefa de contemplar-lhe as pretensões.

Tal fenômeno, não se olvide, é corolário da umbilical relação entre Estado e indivíduo, consistente no pacto firmado entre os abstratamente iguais para que se institucionalizem seus direitos e deveres, com o escopo de permitir a convivência harmoniosa e segura do povo. Convivência, vale a redundância, que é plural, e não unitária.

Impõe-se a transformação do ideal democrático na chave de abertura do progresso e da inovação empírica. Os agentes originários não devem ser representados por especialistas integrantes de cargos de poder, ditos iluminados e pretensamente detentores do conhecimento imprescindível à resolução dos embates do dia a dia. Endossa Wolkmer:⁷⁹

Daí a obrigatoriedade de se pensar a alternativa comunitária como espaço público pulverizado pela legitimação de novas forças sociais que, em permanente exercício de alteridade, implementam suas necessidades fundamentais e habilitam-se como instâncias produtoras de práticas normativas autônomas. Nesses termos, a comunidade através dos movimentos sociais e das novas subjetividades coletivas está chamada a cogerir seu destino. No bojo da pluralidade de interações das formas de vida, empregar processos comunitários significa adotar estratégias de ação transformadora com a participação consciente e ativa de sujeitos de juridicidade.

A valorização dessa criticada deferência simboliza uma inversão das características imanentes ao Estado que a Constituição Federal preconiza e dos papéis dos atores sociais: sublinha um grupo oligárquico – vez que *oligarquia*, na ciência política, é a forma de governo

⁷⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 294-295.

em que o poder encontra-se concentrado nas mãos de poucas pessoas – e põe de lado o útil arcabouço coletivista.

Eis o que simboliza a adesão irrefletida ao ativismo judicial, consignado, de acordo com o que já se viu, na alocação do Judiciário em posto messiânico: a preponderância funcional de poucos sujeitos de poder (no caso do STF, mencione-se, são onze) no campo da política e do direito e a descendência do geral nesse mister.

A conclusão, bem se vê, é imperiosa. Desde o preâmbulo do texto maior, perpassando seu art. 1º, parágrafo único, observa-se que todo poder e qualquer que seja ele deriva da vontade popular, foco da atuação estatal e ideal possuidora de dúplice atributo: remetente das melhores alternativas para decidir suas circunstâncias e principal destinatária dos gravames acarretados pelas lides que a acometem.

Não deve ser o Judiciário o refúgio dessas sérias lamentações, tampouco o órgão proeminente da República, sacralizado e incumbido de tarefas que, por serem tão hercúleas quanto insolúveis, a própria sociedade desigual e controversa não dá conta de resolver.

CONCLUSÃO

Em razão da certeza de que seria entediante repetir todas as considerações expendidas nas páginas anteriores sobre os assuntos comentados ao longo deste trabalho, importa, neste momento, sintetizar, em breves proposições, algumas das conclusões alcançadas ao longo do desenvolvimento dos textos.

A numeração fixada segue a ordem em que as assertivas foram expostas ao longo dos capítulos:

1 - Assenta-se a tese do neoconstitucionalismo na defesa da força normativa da Constituição, na necessidade de uma dogmática constitucional principialista, na retomada da legitimidade e da vinculatividade dos princípios, no desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, no compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, na constitucionalização do direito infraconstitucional e no caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.

2 - Inúmeras projeções da casuística do STF têm impactado, diretamente, o funcionamento dos órgãos políticos brasileiros, contribuindo, em paralelo, para oferecer respostas a uma sociedade que, cada vez mais, subsiste atenta e esperançosa no que se refere à extensão e aos limites dos exercícios práticos da jurisdição.

3 - O repositório jurisprudencial da Corte tem sido pródigo na existência de decisões que, a partir da aplicação veemente da principiologia constitucional, ínsita ao marco teórico do neoconstitucionalismo, qualificam-se como inovadoras ou vanguardistas, na medida em que, muitas vezes, alargam o campo semântico das leis ou engendram dispositivos relativamente heterodoxos.

4 - Torna-se obrigatório perceber os impactos das decisões estudadas nos pormenores do maquinário estatal e, daí, na própria sociedade. Com efeito, os influxos produzidos pelos julgamentos do STF na gestão da coisa pública e na maneira de tratar a seara dos direitos fundamentais, a partir da criação de novos parâmetros e imposições a serem cumpridas pelos Poderes Legislativo e Executivo em lides como a do sistema penitenciário brasileiro, qualificam-se como indiscutíveis.

5 - A necessidade de interpretar a lei a partir do texto constitucional eleva o risco de subjetividade das decisões judiciais, o que é, em tese, compreensível quando se priorizam as normas constitucionais – de textura aberta e vaga – em face do restante da legislação. E constitucionalizar em excesso pode ser antidemocrático, por retirar do povo o direito de decidir sobre seu próprio destino.

6 - Vale mencionar, como parâmetros a serem seguidos para moderar as condutas judiciais, o exame do grau de legitimidade democrática do processo elaborador do ato normativo impugnado, a urgência de proteção dos pressupostos necessários ao funcionamento da democracia, a defesa de minorias vulneráveis e de direitos materialmente fundamentais, a comparação de capacidades institucionais, a época do ato normativo questionado e a “inconsistência temporal”.

7 - A partir da abertura da jurisdição constitucional à participação mais incisiva dos fóruns sociais, soa possível que a democratização desse processo passe a conviver mais satisfatoriamente com a dificuldade contramajoritária, tornando-se o Judiciário uma instância de representação argumentativa das vozes populares. Papel representativo que, muitas vezes, é exercido pelas cortes constitucionais, aqui e alhures, ao responder a demandas sociais e desejos políticos não efetivados pelos órgãos políticos tradicionais.

8 - Assumem relevo os conceitos de diálogos interinstitucionais, constitucionalismo difuso e democracia deliberativa, lastreados na ideia de convívio social e no intercâmbio travado entre os cidadãos, seus representantes nos espaços públicos e mesmo entre estes, a fim de que se promova um debate inclusivo e plural a respeito do significado dos valores fundamentais da sociedade.

9 - A defesa de uma atuação extraordinária do Judiciário deve simbolizar duas percepções. A primeira, que os juízes encontram-se plenamente imbuídos de legitimidade constitucional para figurar como coautores do processo de construção, desenvolvimento e realização dos valores reputados fundamentais pelo texto maior, ainda que isso implique a assunção de objetivos originária e rotineiramente ínsitos a outros departamentos de Estado. A segunda, que esse papel de grande relevância jamais deve sobrepujar a constatação de que as rédeas da vida e do disciplinamento das intrincadas relações jurídicas e sociais devem, embrionariamente, ser tocadas pelo povo.

10 - O direito não precisa ser o centro estatal, profeta de todas as realizações e desembocadura integral das agruras de cada indivíduo. De igual maneira, a jurisdição constitucional não deve ser posta em um pedestal, qualificada como nobre possuidora de todos os atributos indispensáveis para decidir a respeito de quaisquer querelas, a tempo e oportunamente.

11 - Novas experimentações políticas, cívicas e sociais, criação e melhoramento dos instrumentos de difusão e participação popular, imersão de novos atores na burocracia diária dos órgãos dos três poderes: eis um modo profícuo de realizar os ditames do Estado Democrático e, conseqüentemente, a própria Constituição.

12 - Uma configuração institucional e informal *para além da jurisdição constitucional* deve simbolizar ou refletir esse maior merecimento conferido aos legítimos titulares do poder constituinte, superando-se a visão profundamente defensora do exercício jurisdicional como saída para sanar as crises institucionais e populares que grassam inevitavelmente no país e alhures.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Sentenças Manipulativas. In: ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de; CAGGIANO, Mônica Herman; LEMBO, Cláudio (Coord.). *Juíz constitucional: estado e poder no século XXI. Homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

BASTOS, Érico Araújo. *STF e o poder moderador: política à margem do poder constituinte na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2015.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press; 2nd edition (September 10, 1986).

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRANCO; Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança no. 26604/DF*, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJE publicação 03/10/2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 4277/DF*, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE publicação 14/10/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 54/DF*, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJE publicação 30/04/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Petição no. 3388/RR*, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJE publicação 01/07/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 4425 QO/DF*, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJE publicação 04/08/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar no. 4039/DF*, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJE publicação 13/05/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Cautelar no. 4070/DF*, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, pendente de publicação.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 347/DF*, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJE publicação 19/02/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* no. 378/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJE publicação 08/03/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HABEAS CORPUS* no. 126292/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJE publicação 17/05/2016.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: a expansão política do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. A jurisdição constitucional no século XXI entre processo e substância: um olhar sobre a experiência americana. In: ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de; CAGGIANO, Mônica Herman; LEMBO, Cláudio (Coord.). *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. Indeterminação do direito, discricionariedade hermenêutica e controle de constitucionalidade nos regimes democráticos. In: FELLETT, André (Org.); NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Juspodivm, 2013.

DAHL, Robert A., Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 252, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; *Positivismo jurídico*. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. The Belknap Press of Harvard University. Cambridge, Massachusetts, 1986.

FALCÃO, Joaquim. *O Supremo: compreenda o poder, as razões e as consequências das decisões da mais alta Corte do Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, 2009.

_____. *Do processo legislativo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, Série IDP.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. O constitucionalismo difuso e seus fundamentos. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I.

MUDROVITSCH, Rodrigo. *Desentrincheiramento da jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, Série IDP.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição constitucional: limites ao subjetivismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2014, Série IDP.

NOJIRI, Sérgio. *Neoconstitucionalismo versus democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012.

NOVELINO, Marcelo. O STF e a opinião pública. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OTTO, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Org.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-Positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de (Org.) *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

POSNER, Richard A. Against constitutional theory. New York University. *Law Review*. v. 73, n.1, abr. 1998.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo, poder Judiciário e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília, v. 44, n. 173, jan./mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.); SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional: as audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SUSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010, v. II.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. Direito e poder na atividade financeira do estado democrático de direito. In: ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de; CAGGIANO, Mônica Herman; LEMBO, Cláudio (Coord.). *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI. Homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, abr. 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Constitucionalismo e direitos sociais*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.