

O Poder Judiciário no Estado de Direitos

Leonardo Scofano Damasceno Peixoto

Defensor Público do Estado de São Paulo. Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ.

1. BREVE HISTÓRICO DO PODER JUDICIÁRIO – “DE PAPEL SECUNDÁRIO A FIADOR DA DEMOCRACIA”

Preambularmente, importante ressaltar a impossibilidade de exposição da história do Judiciário, em poucos parágrafos, desde a sua origem remota nas sociedades tribais mais primitivas, a sua inserção como uma instituição pelos romanos, a sua colocação como um poder pelos contratualistas, até o seu papel nos dias atuais. Seria um tanto soberbo e até imprudente desenvolver essa rica história em um capítulo introdutório, considerando as complexidades e variantes sociopolíticas da humanidade ao longo do tempo.

A ideia de lançar um breve histórico, ou seja, uma visão panorâmica da história do Judiciário tem o único objetivo de introduzir a compreensão do leitor no contexto geral de desenvolvimento do papel dos magistrados no Estado de Direitos.

Na Roma antiga, exatamente no principado de Augusto, iniciado em 27 a. C., existiam as magistraturas com diversas funções, desde a representativa do Consulado, de recenseamentos dos cidadãos pela Censura, de secretariado administrativo do *princeps* pela Questura, do Tribunato da Plebe, da Edilidade Curul e da Plebe, até a jurisdição civil exercida pela Pretura, ramo da magistratura romana mais similar à atual (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. V. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 31-32).

Em relação ao período republicano romano, as magistraturas estavam em franca decadência. Apesar de a Pretura ter sido a magistratura

que mais resistiu à absorção de poderes do principado no exercício da jurisdição civil, a última palavra incumbia ao *princeps* em grau recursal.¹

Na monarquia absolutista medieval, fundada na origem divina de poder dos reis, restava ao Judiciário a atuação como um “braço do rei” (BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England: of private wrongs**. Chicago: The University Chicago Press, 1979, p. 23-24), ou seja, a justiça derivava do poder da coroa. Na verdade, não existia uma estrutura adequada de justiça, especialmente se também considerada a autoridade dos senhores feudais e do clero.

Na França do século XII, por exemplo, os *prebostes*, o *baile* e o *seneschal* eram os funcionários responsáveis por aplicar a justiça, e os *prebostes* administravam seu distrito cumprindo as ordens reais e fazendo justiça em nome do rei, ao passo que os dois últimos eram recrutados dentre a baixa-nobreza da Casa Real na função de servidores da Coroa (TAVARES, André Ramos Tavares. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24).

Na Idade Moderna, a Revolução Francesa inaugurou o chamado “período legislativo”, que pregava a “onipotência do legislador” em oposição às monarquias absolutas. A lei representava a aspiração democrática, o ideal iluminista da razão humana e a segurança jurídica. Neste jacobinismo histórico marcado pela lei como expressão absoluta da vontade geral – “mito da Assembleia”, pela radical separação de poderes e pela máxima desconfiança no Judiciário, incumbia aos magistrados a mera aplicação mecânica da lei - *bouche qui prononce les paroles de la loi*, ou seja, os juízes eram seres inanimados que não podiam moderar a força ou o rigor da lei (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

No século XIX, a crise do Estado legalista foi marcada pelo inegável declínio de confiança nos Parlamentos, que cada vez mais abusavam do excesso de leis na regulamentação da vida social, gerando desobediência

1 A expressão *princeps* tem origem no Direito Romano, que significa “o primeiro cidadão”. Especificamente, Augusto adotou tal expressão para camuflar o título de imperador, em razão da resistência das famílias nobres republicanas. Tratava-se de um período conturbado de transição (República para o Império) e de conspirações. Com o intuito de evitar o mesmo destino de seu tio e antecessor Julio César, Augusto se intitulou *princeps*. No entanto, seus poderes supremos e ilimitados eram de um verdadeiro imperador, que afetava, inclusive, as decisões judiciais. Para fins de curiosidade, o efeito devolutivo dos recursos tem origem neste poder jurisdicional do imperador, que delegava aos pretores. No entanto, alguns processos retornavam (daí o termo efeito devolutivo) ao imperador para proferir a “última palavra”.

generalizada, aplicação seletiva e ineficiência de aplicação coercitiva das leis aos particulares (HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p. 9).

Com o advento do Estado Social², no século XX, inaugurado pela Constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, e do Estado Constitucional de Direito, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, o Judiciário passou a ocupar um espaço importante na justiça social com atuações mais ativas, intervencionistas.

A superação do dogma do Parlamento absoluto, a colmatação de lacunas da lei, o controle de constitucionalidade e a intromissão nos demais poderes em temas de governabilidade e políticas públicas para atendimento das demandas sociais constituem características marcantes desse novo papel do Judiciário distribuidor de direitos fundamentais aos cidadãos. O Judiciário, assim, segundo Boaventura Souza Santos, passou a ser um “fiador da democracia” (TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 25-27).

2. O JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia do Judiciário como distribuidor dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, como “fiador da democracia” demanda uma interpretação constitucional diferenciada no sentido de superação do paradigma de mera reprodução do conteúdo da norma, “escancarando as portas do mundo inautêntico do direito” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a, p. 334).

2 Carlos Blanco de Moraes alerta que a noção de Estado Social não pressupõe de forma determinista a noção de Estado Democrático de Direito. Existem exemplos de Estados Sociais autoritários, como a China comunista, o antigo bloco soviético e o regime Bolivariano da Venezuela. Em contrapartida, existem Estados Democráticos de Direito (EUA) onde as Constituições não incorporam uma dimensão social, dependendo das políticas sociais de vontade democrática do legislador. Blanco de Moraes observa, ainda, que a consagração normativa de direitos sociais e a sua concretização efetiva não dependem de previsão constitucional. Por exemplo, o Reino Unido, materialmente um Estado Social avançado, com especial relevo para os sistemas de saúde e assistência social, não declara direitos sociais na componente escrita da sua Constituição (*Statute Law*). Os direitos sociais previstos nas Constituições sueca ou holandesa, quantitativamente mais escassos que os declarados nas Constituições brasileira e portuguesa, possuem um sistema social muito mais eficaz e eficiente. Em conclusão, não parece colher a afirmação segundo a qual a não constitucionalização de direitos sociais prejudicaria a existência do Estado Social e que sem este, ficaria comprometido o Estado de Direito Democrático (BLANCO DE MORAIS, Carlos. "Direitos sociais e controle de constitucionalidade por omissão". **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC** nº 20, ano 5. Belo Horizonte, 2011, p. 220-221).

Com inspiração na tese do hermeneuta Hans-Georg Gadamer, Streck ensina que o intérprete é um sujeito inserido no ambiente histórico-cultural e mergulhado na tradição, ou seja, o intérprete é integrante do mundo linguístico, de modo que a interpretação é uma nova leitura das normas jurídicas, que a cada caso demanda uma nova aplicação. A hermenêutica é crítica porque é produtiva, e não reprodutiva como defendia o italiano Emilio Betti (STRECK, *Op. Cit.*, 2011a, p. 330).

Para Gadamer, interpretar é compreender. A compreensão está baseada na tradição, onde reside a pré-compreensão. A tradição, por sua vez, limita as escolhas interpretativas. Após esse limite, a razão crítica e a criatividade constroem o sentido da decisão. A pré-compreensão, por fim, é o sentido antecipado que, adicionado à visão crítica, produz uma nova compreensão com sentido autêntico (STRECK, *Op. Cit.*, 2011a, p. 330-333) ³.

A concepção diferenciada de Gadamer influenciou, por exemplo, a concretização de Konrad Hesse e o método normativo-estruturante de Canotilho. Para Hesse, os métodos tradicionais de interpretação de Savigny (gramatical, teleológica, sistemática e histórica) só oferecem uma explicação parcial das decisões constitucionais. Interpretar é concretizar na visão de Hesse.

A concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma a concretizar, sem desvinculação da pré-compreensão (esboço de projeto inicial carente de comprovação, correção e revisão) nem do problema concreto a solucionar.⁴ Hesse conclui que o intérprete não pode captar o conteúdo da norma sob o ponto de vista quase arquimediano, situado fora da experiência histórica, cuja plasmação conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e pré-juízos (HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102-110).

Canotilho esclarece que a concretização é a construção de uma norma jurídica. Trata-se de um processo de densificação de regras e princípios constitucionais que vai do texto da norma (enunciado linguístico) para uma norma concreta (norma jurídica), que, por sua vez, alcança a norma de decisão como resultado final e solução dos casos jurídico-cons-

3 Na dogmática tradicional, para Betti a compreensão é produto da interpretação. Na percepção de Gadamer, todavia, a tese de Betti é uma compreensão inautêntica, pois a compreensão não torna algo de diferente, mas reprodutiva de si mesma (STRECK, *Op. Cit.*, 2011a).

4 Hesse utiliza a tópica vinculada à norma e aos pontos de vista (*topoi*) relacionados ao problema para orientar esse procedimento de concretização. Em sentido oposto da tópica pura de Theodor Viehweg, em que a interpretação parte do problema para a norma (“técnica de pensar o problema”). Na teoria de Viehweg o problema é hegemônico, enquanto as normas são meros pontos de vista sem qualquer vinculação.

titucionais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1201).

Em linhas gerais, o método de concretização consiste na abertura dos textos normativos com base em problemas concretos. Bonavides explica que a concretização é uma espécie de metodologia de teor empírico e casuístico aplicada à solução direta dos problemas, sempre atenta à realidade concreta, e totalmente alheia aos formalismos abstratos e ao mero silogismo (BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 323).

Na concretização, existe uma pré-compreensão do texto e do problema, dando lugar à estrutura circular entre a realidade existencial e o texto a interpretar. Na interação do ciclo hermenêutico, Friedrich Müller cita dois processos parciais: o programa normativo, que analisa os elementos linguísticos (“ponta do iceberg”), e o domínio ou âmbito normativo, que analisa a realidade concreta (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000).⁵

Além da interação entre o programa normativo e o âmbito normativo, Hesse insere neste ciclo hermenêutico os princípios interpretativos constitucionais, tais como a unidade da Constituição (não existem contradições entre as normas constitucionais que formam um todo coerente), a concordância prática (harmonização ou “cedência recíproca”), a correção funcional (o órgão intérprete da Constituição deve respeitar a distribuição de funções estabelecidas pela Constituição aos órgãos e poderes estatais), eficácia integradora (solução dos problemas jurídico-constitucionais com enfoque na preservação da unidade política), a força normativa da Constituição (as normas constitucionais devem ser atualizadas em correspondência à realidade para obtenção da máxima eficácia no caso concreto) e a interpretação conforme a Constituição, técnica interpretativa a ser examinada adiante (HESSE, *Op. Cit.*, 2009, p. 113-115).

Nota-se que o desenvolvimento dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, depende da interpretação e aplicação da teoria da concretização por parte do Judiciário ao analisar o texto da norma constitucional em cotejo com a realidade social, econômica e política do país para a obtenção da máxima efetividade e força normativa.

⁵ Em oposição ao dualismo metodológico de Immanuel Kant e Hans Kelsen, que prega a separação entre o fato e a norma, a concretização os reconhece como elementos inseparáveis do processo de compreensão em uma interação circular (TAVARES, **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006, p. 63).

O contexto do Poder Judiciário como concretizador dos direitos fundamentais logo fora rotulado de “ativismo judicial”, com uma conotação negativa. Apesar disso, o seu uso é considerado como institucionalmente proeminente para o desenvolvimento dos direitos fundamentais. A crítica à justiça constitucional na sua vertente substantiva, mais ativista e menos distante dos problemas sociais, recorre frequentemente à separação de poderes, mas não existe uma preocupação em tornar mais preciso o sentido dogmático dessa cláusula de separação de poderes (TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 33).

Em preciosismo técnico, o ativismo judicial não pode ser confundido com a judicialização da política. Luís Roberto Barroso esclarece que a judicialização da política, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância decorrente do modelo de controle de constitucionalidade, que permite levar discussões de alcance político para o Judiciário⁶. O ativismo, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance das normas na aplicação direta da Constituição independentemente de *interpositio legislatoris*, na declaração de inconstitucionalidade baseada em critérios menos rígidos de normas constitucionais principiológicas abertas e na imposição de condutas ou abstenções do Poder Público em matéria de políticas públicas (BARROSO, Luís Roberto. "Judicialização, ativismo e legitimidade democrática". Salvador: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 18, abr./jun de 2009).

No ativismo judicial, todavia, o Judiciário não pode abusar a ponto de emitir decisões despidas de conteúdo jurídico-dogmático e estritamente políticas, invadindo a liberdade de conformação (estreita) do legislador ou programando diretamente as políticas públicas em prejuízo do Executivo ou Legislativo (a atuação do Judiciário, neste caso, deve ser supletiva quando os demais poderes não cumprirem os ditames constitucionais). Essa politização da justiça representaria a “corrupção sistêmica”⁷ do acoplamento estrutural entre política e direito na Constituição, ou seja, a patologia da atuação do Judiciário.

6 Pedro Buck menciona, porém, que a judicialização da política pode antecipar o debate não maturado na esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, o que nem sempre pode ser positivo para o debate político-democrático. Exemplo: Mandado de Segurança impetrado no STF por partido político integrante do Congresso Nacional contra ato do Presidente da Câmara que rejeitou o pedido de vacância dos mandatos dos deputados transfugistas. O caso poderia ter sido resolvido por meio de apresentação de PEC ou pela inclusão no Regimento Interno de sanção pela perda do mandato (BUCK, Pedro. "O Judiciário enquanto arena da oposição política: a relação entre o judiciário e a política a partir de Tate e Vallinder". **Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB – SP**, ano III, nº 08, 2011).

7 Marcelo Neves cita a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann inspirado na teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela. A Constituição representa o acoplamento estrutural (influências e irritações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, de modo que nenhum desses sistemas perca a autonomia) entre os sistemas político e o jurídico. A corrupção sistêmica se caracteriza com a sabotagem de um sistema pelo outro, impedindo o acoplamento estrutural e a sua comunicação recíproca (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35-51).

Por curiosidade, quem primeiro lançou ao público a expressão *judicial activism* foi o jornalista Arhur Schlesinger Junior num artigo da revista **Fortune**, em janeiro de 1947, intitulado “*The Supreme Court: 1947*”. Ao lado do termo, veio também outra expressão: *self restraint* (autocontenção). Neste artigo, Schlesinger traçou os perfis dos *Justices* nas políticas públicas implementadas pelo presidente Roosevelt no chamado *New Deal* (LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Fórum: Belo Horizonte, 2010, p. 24-26).

As leis editadas durante o *New Deal*, com nítida vertente intervencionista da política do Governo Federal, foram descartadas pela Suprema Corte com argumentos liberais em verdadeiro “ativismo às avessas” (STRECK, **Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b, p. 51). Foi sob relativa “ameaça” do Executivo, ao pretender a aprovação de um projeto de designação de um novo membro para cada um dos existentes com mais de 70 anos (em 1937, significaria mais sete integrantes), que houve a mudança de compreensão da Suprema Corte em seu papel de distribuidor de direitos sociais (“*The switch in time that saved nine*”).

Historicamente, o constitucionalismo norte-americano de 1787 apresentou uma base tímida para suportar o ativismo em matéria de direitos fundamentais, tanto que as dez primeiras emendas àquela Constituição foram consideradas como não vinculantes aos Estados-membros pela Corte Suprema (vide caso *Barron v. Baltimore* de 1833, o que veio a ser alterado somente no caso *Gilton v. New York* de 1925). O famoso caso *Dred Scott* de 1857, no qual a decisão majoritária assegurou o regime de escravidão, também corrobora tal afirmação.

A Suprema Corte estadunidense, entretanto, teve uma radical mudança de postura somente no século XX, na chamada Corte Warren (1953-1969), com o caráter extremamente ativista em direitos fundamentais. Exemplos podem ser mencionados, como o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954), que declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas, revendo o fatídico precedente *Pleassy v. Ferguson*, 163 U. S. (1896) dos “iguais, mas separados” (segregação racial nos transportes ferroviários); o caso *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618 (1969), em que declarou a inconstitucionalidade de várias

leis estaduais que negavam prestações sociais àqueles que não comprovassem a residência nos respectivos locais por um ano pelo menos; e o caso da vedação contra a autoincriminação de *Malloy v. Hogan*, 378, U. S. 1 (1964).

A crise de legitimação do Parlamento e o desmoronamento do mito da vontade geral ampliaram o espaço de atuação do Judiciário, principalmente para a defesa de direitos fundamentais incorporados ao texto constitucional. Registre-se que nem sempre os eleitos diretamente pela vontade majoritária representam o povo, mas os interesses de grupos particulares. Koopmans afirma que:

*[...] os sistemas representativos de governo andavam orgulhosos do convencimento de incorporar, pela sua própria natureza, o consenso dos governados: o povo vivia sob o império da lei por ele mesmo estabelecida, por meio de representantes por ele eleitos. Mas hoje [...] tornou-se extremamente longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição de membro do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sob a esfera daquele cidadão; é necessária muita força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, as tenha autorizado. Assim, o cidadão fica sempre mais em dúvida quanto à legitimação dessas decisões. E esta posição de dúvida é um fenômeno [...] que pode ser encontrado em todos os países industrializados do Ocidente (KOOPMANS apud CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 46).*

Simone Goyard-Fabre, por sua vez, constata que:

*[...] essa falha que Paul Ricouer chama de brecha de legitimação significa que o Poder que se diz democrático está habitado por uma crise fundamental, que nada mais é que uma crise de identidade: o povo soberano não se reconhece mais no aparelho do Estado que o governa (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 282).*

Ademais, quando ocorre a divisão de opiniões entre os parlamentares em casos polêmicos que impedem a tomada de decisões políticas (v.g. aborto de fetos anencéfalos, pesquisas com células-tronco, união homoafetiva), tais questões frequentemente são remetidas para o Judiciário (em especial, o STF) enfrentá-las na sua função contramajoritária de defesa de grupos minoritários ou vulneráveis.

Vale recordar que uma decisão política tomada por um parlamentar, em questões controvertidas no seio da opinião pública e permeadas por pressões dos grupos de interesse (católicos, homossexuais, movimentos pró ou contra aborto, questões demográficas ligadas à etnia e gênero, liberdades civis, famílias etc.), certamente poderá afetar a sua popularidade com a consequente perda de votos do seu eleitorado.

Eis a razão de o Parlamento muitas vezes relegar certas decisões políticas ao Judiciário, que possui o dever de ouvir a opinião pública, conjugando direito e sociedade, mas jamais pode olvidar de sua função contramajoritária devidamente fundamentada em “contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões” (CAPPELLETTI, *Op. Cit.*, 1999, p. 98).⁸

O avanço no espaço de atuação do juiz constitucional, porém, pressupõe uma consolidação de métodos de trabalho por meio da hermenêutica (v.g. interpretação conforme a Constituição; concretização das normas constitucionais; hermenêutica crítica produtiva, e não reprodutiva; princípios da unidade, correção funcional, harmonização, eficácia integradora, força normativa), dos limites (v.g. o respeito ao espaço de atuação do Legislativo e Executivo; as consequências das decisões⁹; o texto escrito

8 Na visão do jurista norte-americano Cass Sustein, professor da Universidade de Harvard, as dificuldades contramajoritárias, na maior parte dos casos, não são tão difíceis assim. A Suprema Corte raramente julga em desacordo com a interpretação constitucional radicada na opinião dos populares pelas seguintes razões: (i) Consequências: “os juízes devem decidir como acharem apropriado, mesmo que os céus venham a cair; porém, se a possibilidade de os céus caírem for real, talvez os juízes não devam adotar a solução que entendam correta”; (ii) “Humildade judicial”: não se deve ter a percepção lúdica de acreditar que o magistrado é aquele velho monge, no alto da montanha, a que os camponeses recorrem na firme crença de obter a resposta para qualquer questão. Sustein ressalta, ainda, que em questões eminentemente técnicas, científicas, alheias ao conhecimento da maior parcela da população, confere-se menor relevo à opinião pública. Também deve ser averiguada se a crença do povo deriva de uma aspiração legítima e adequadamente informada, ou se é fruto de uma influência tendenciosa sistemática da mídia ou de fatores culturais (SUSTEIN, Cass. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before.** New Jersey: Princeton University Press, 2009).

9 As consequências práticas das decisões remetem ao pragmatismo norte-americano, em que a justiça é medida pelas consequências, e não pelo direito. Na concepção de William James (*Philosophical concepts and practical results*), o resultado do pensamento deve ser traduzido em comportamento, em contraste com a tradição europeia da filosofia abstrata, “descendo dos céus” para a resolução dos problemas reais. A grande vantagem é a percepção de que determinada interpretação pode gerar consequências indesejáveis na prática. O critério da validação da norma é a própria aplicação nos casos concretos, ou seja, existe uma proximidade com o critério de eficácia de Alf Ross (a norma é válida quando aplicada

da Constituição de modo que o juiz não pode escolher livremente os *topoi*) e do respeito à forma da realização dos direitos fundamentais por meio dos direitos judiciais (garantias processuais) para evitar arbitrariedades, mas com a cautela de que “a processualística hermética e tecnicista, mais voltada a si própria que a resultados práticos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado**. São Paulo: IBDC, 1999, p. 37), e a ausência do reconhecimento de sua perspectiva meramente instrumental podem embaraçar o direito fundamental a merecer amparo.

3. CORRENTES RESTRITIVAS À ATUAÇÃO ATIVISTA (SUBSTANCIALISTA) NO ESTADO DE DIREITOS

Nada obstante à consagração do ativismo judicial com o seu respectivo delineamento de parâmetros e limites, alguns autores possuem um posicionamento mais moderado em relação à distribuição dos direitos fundamentais como um todo pelo Judiciário.

Peter Häberle, ao analisar os países da América Latina, afirma que a jurisdição constitucional deveria se abster um pouco das questões sobre economia e do aspecto social, se preocupando mais com as garantias do mínimo necessário à sobrevivência do cidadão, porque antes serão criadas as riquezas para depois serem distribuídas. Häberle afirma, ainda, que ao Parlamento e ao governo corresponde a prioridade no labor de concretização da justiça social. Porém, no âmbito do Estado de Direito – isto é, dos direitos fundamentais clássicos (*status* negativo que se defende do Estado no sentido de Georg Jellinek) e da democracia pluralista – os novos Tribunais Constitucionais deveriam arriscar-se no exercício do ativismo judicial (HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2-3). Observa-se que o entendimento de Häberle é um pouco mais contido em relação à judicialização dos direitos sociais, ao contrário dos direitos individuais e políticos.

O português Carlos Blanco de Moraes também se posiciona de modo mais contido e cético, sobretudo em decorrência da recente crise econômica europeia:

pelos tribunais – “relação de probabilidade empírica”). Entretanto, a extrema flexibilização do direito e o antiformalismo do pragmatismo conduzem à insegurança jurídica no ordenamento. Além disso, o pragmatismo vai de encontro com os *standards* constitucionais (direitos fundamentais), pois, nessa escola de interpretação, o juiz deveria comprovar cientificamente a relevância social desses direitos fundamentais que não seriam verdades absolutas (PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal – composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012, p. 46).

O Estado Social de direito é um modelo e uma conquista que, em tempo de incerteza sobre os recursos disponíveis para alimentá-lo (sic), deve ser garantido, mas também reformado, de modo a que, com um menor volume de recursos disponíveis, possa ser mantido nas suas prestações fundamentais, sob pena de gastos descontrolados com prestações sociais e carentes de ação (sic) comprometam a solidez do próprio Estado em períodos de escassez de meios, os quais nunca são considerados como possíveis nos tempos de abundância. Isso (sic) sem prejuízo das Constituições sociais, como a brasileira e a portuguesa, conterem uma “cláusula de bem-estar” que inibe o Estado de se abster perante as tarefas prestacionais mínimas que a ordem constitucional lhes assina.

*O abalado modelo social europeu é de tudo isso (sic) um exemplo paradigmático e a crise sem precedentes ocorrida no período 2010-2011 em Portugal demonstram como um gasto desmesurado e acrítico em prestações sociais sustentado num endividamento externo incontrolado pode conduzir a um pré-colapso financeiro e, posteriormente, à supressão ou redução brutal e inimaginável de muitos benefícios antes conferidos, inclusivamente a situações chocantes de violação da proteção (sic) de confiança, ignoradas pelo Tribunal Constitucional com base em cruas razões de ordem pública (BLANCO DE MORAIS, *Op. Cit.*, 2011, p. 241).*

Após análise dos posicionamentos contidos de Blanco de Moraes e Häberle quanto à atuação ativista do Judiciário nas prestações sociais¹⁰, a concepção de autocontenção (*self restraint*), ligada ao procedimentalismo de John Hart Ely¹¹ e Jürgen Habermas¹², diz respeito à preservação

10 Vale recordar que a simples afirmação de insuficiência orçamentária é fato extintivo de direito, nos termos do artigo 333, II do CPC, incumbindo ao Poder Público o ônus da prova (STJ, 2ª T. REsp 474361/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 21.08.2009).

11 A visão procedimentalista de Ely legitima a atuação do Tribunal Constitucional tão-somente para conferir proteção aos direitos de associação e participação política, incluindo a liberdade de expressão e publicação. Essa legitimidade minimalista deixaria fora do alcance do Tribunal Constitucional a maioria das questões constitucionais, condicionando a eficácia do princípio democrático Ely, apesar de ser procedimentalista, reconhece que a República desenhada pelos fundadores da Constituição norte-americana não era do sistema winner-take-all (“o vencedor leva tudo”), segundo o qual o governo serve só aos interesses de poucos privilegiados ou ainda daqueles grupos que trabalham conjuntamente numa coalizão majoritária, mas um sistema em que os representantes governariam no interesse de todo o povo. (ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. 12. Reimp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1980).

12 Jürgen Habermas também é partidário da concepção procedimental de democracia, porém, diferentemente de John Hart Ely (foco exclusivo na Constituição americana), procurou tornar universal a legitimação do direito por meio de sua “teoria do discurso”. Nessa teoria, o direito só possui legitimidade quando surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos e as mesmas condições de exercício.

do processo democrático para que este concretize as pretensões da população, diferentemente do substancialismo que visa a concretização dos direitos fundamentais, princípios e valores constitucionais.

Em adendo ao procedimentalismo e à restrição de atuação do Judiciário, o norte-americano Michael Perry, influenciado pelo trabalho publicado em 1893 por James Bradley Thayer (*deferência Thayeriana*), considera, ainda, o Legislativo como o principal limite da Suprema Corte. Perry sugeriu que a Suprema Corte americana tivesse apenas a “penúltima palavra” na proteção de direitos humanos constitucionalizados, havendo uma postura deferencial ao Congresso Nacional, que poderia, por exemplo, derrubar a decisão judicial por uma simples lei ordinária (PERRY, Michael J. “Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a suprema corte americana: da deferência thayeriana”. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 2, p. 113-126, abr/jun 2007a).

A apologia de Thayer não tinha origem na simples crença de que os legisladores sempre possuem a capacidade de solucionar as matérias constitucionais da melhor maneira. Tampouco sua procedência estava na confiança dos parlamentares como seletos representantes do povo. O argumento *thayeriano* era fundamentado na capacidade política do povo e sua responsabilidade moral de deliberar sobre os assuntos constitucionais, ou seja, os cidadãos são o poder político supremo por meio de seus representantes eleitos (soberania popular).

Nessa *deferência thayeriana* ou “regra do erro evidente” (denominada por Alexander Bickel), a Suprema Corte só poderia desconsiderar a lei impugnada quando os legisladores não tiverem apenas cometido um mero erro, mas um erro muito evidente, ou seja, a Constituição deixaria uma margem de escolha ao Legislativo, e não haveria inconstitucionalidade caso a escolha fosse racional. O objetivo de Thayer era diminuir a liberdade do Judiciário na decisão de inconstitucionalidade.

Perry defende, por exemplo, que a Corte Suprema estadunidense não deveria julgar a inconstitucionalidade de leis referentes à pena de

Habermas alude que a Corte Constitucional deve “entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir a própria (*sic*) o papel de legislador político” (HABERMAS, Jürgen. **Más Allá del Estado Nacional**. Madrid: Trotta, 1997, p. 99).

morte (se viola a 8ª emenda), ao aborto (se viola a 14ª emenda) e à união entre pessoas do mesmo sexo (se viola a 10ª emenda). Todavia, sustenta que a *deferência thayeriana* é inapropriada para casos em que outros direitos humanos estão em questão, como a liberdade de expressão e a vedação à discriminação racial (PERRY, "Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrincheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? – com especial referência à pena de morte, aborto e uniões de pessoas do mesmo sexo". In: **Justiça constitucional – pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007b), porque tais direitos envolvem a preservação do processo político em igualdade de condições a todos os cidadãos.

O legislador pode escolher uma interpretação para concretizar a norma, mas a Suprema Corte estadunidense é quem decide a interpretação cabível da Constituição. O modelo americano é o da não deferência ou, no conceito invertido, da deferência à Suprema Corte com liberdade de conformação estreita do legislador, sob pena de retrocesso à supremacia do Poder Legislativo (retorno ao "Estado legalista") em detrimento da supremacia da Constituição (PEIXOTO, *Op. Cit.*, 2012, p. 48-49).

Em sentido contrário da opinião da autocontenção como diametralmente oposta ao ativismo, André Ramos Tavares afirma que a *self restraint* não deve ser entendida como uma opção teórica de deslegitimação do juiz constitucional, mas como um elemento colegitimador da atuação ativa do juiz na distribuição dos direitos fundamentais ao respeitar a atuação concorrencial do legislador (TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 49).

No mesmo sentido, Barroso afirma:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. Partindo dessas premissas, parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional, quer se defenda uma noção procedimental da Constituição – que privilegia a definição das

regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos – quer se opte por um modelo substancialista – no qual certas opções materiais já estariam predefinidas (BARROSO, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58).

Outra teoria de minimalismo judicial é o originalismo norte-americano, que almeja reduzir a discricionariedade do ativismo judicial (“o governo dos juízes”) fazendo oposição à ideia de Constituição viva (*living Constitution*) aberta às mutações da sociedade.¹³ Nessa ideia de *living Constitution*, Antonin Scalia afirma que os juízes confundirão as suas próprias predileções com o direito (SCALIA, Antonin. "Originalismo: o mal menor". In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 3, jul/set 2007).

No originalismo, a intenção original dos constituintes é vinculante, ou seja, os julgadores devem decidir conforme o “estado mental contemporâneo dos escritores da linguagem” (SCHAUER *apud* TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 56). Há uma verdadeira “volta ao passado numa máquina do tempo” (SUNSTEIN *apud* TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p.56), como, por exemplo, as decisões com base em livros e dicionários da época da promulgação da Constituição norte-americana de 1787.

Entretanto, o originalismo merece algumas críticas contundentes: (i) a extrema dificuldade em encontrar o sentido original do texto antigo, sendo tarefa mais adequada ao historiador do que ao jurista; (ii) a referência à intenção real dos autores da Constituição de 1988 é praticamente excluída da literatura constitucional brasileira, o que deveria ocorrer o contrário em razão de registros constituintes mais recentes e seguros; (iii) a concepção originalista não salvaguarda as interpretações menos surpreendentes ou menos ativistas. Pelo contrário, a surpresa marca esse conjunto jurisprudencial (TAVARES, *Op. Cit.*, 2012, p. 54-56).

13 Konrad Hesse afirma que “constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo” (HESSE, *Op. Cit.*, 2009, p. 134).

4. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO TÉCNICA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

Depois de uma breve sistematização sobre as correntes restritivas à atuação ativista e substancialista do Judiciário no capítulo anterior, o presente retorna ao estudo da concretização dos direitos fundamentais por parte do juiz constitucional, especificamente sobre a interação no ciclo hermenêutico do princípio da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) como técnica de constitucionalização dos direitos.

Como decorrência lógica da supremacia da Constituição, a interpretação das normas infraconstitucionais obviamente deverá ter como parâmetro a Constituição. Dentro da consolidação dos métodos de trabalho da hermenêutica, a interpretação conforme a Constituição surge como eficaz instrumento de constitucionalização dos direitos.

De acordo com Kelsen, cada enunciado normativo apresenta diversos significados, incumbindo ao Judiciário intérprete definir quais significados se encontram dentro e fora da moldura constitucional (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 388). Nessa função interpretativa, o controle de constitucionalidade surge como técnica vocacionada ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, notadamente na via difuso-concreta, já que a via abstrata tende a se ocupar mais com questões de governabilidade, ainda que recentemente os próprios direitos fundamentais tenham sido bem levantados nesta via (células-tronco, união homoafetiva, lei sobre a política de cotas raciais e sociais, lei da “ficha limpa”, liberdade de imprensa, autorização para a “marcha da maconha”, aborto de feto anencéfalo etc).

Para Tavares, “o paradoxo é evidente, na medida em que o controle abstrato é quantitativamente superior em seus efeitos do que o concreto, ou seja, atinge um número sempre muito maior de pessoas, ao passo que no controle concreto a decisão tende a ser qualitativamente mais relevante para o indivíduo, mas se circunscreve às partes do processo judicial” (TAVARES, “O controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual: base, condições e alcance para advocacia”. **Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB – SP**, ano III, nº 08, 2011b, p. 12).

A Súmula Vinculante nada mais representou que uma tentativa de atingir um número maior de pessoas no controle difuso ao estender seus

efeitos, porém o referido instituto ainda vem sendo aplicado com timidez e de forma pouco criteriosa pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, a interpretação conforme como técnica de decisão promove o fenômeno da constitucionalização dos direitos, reconhecendo-se o papel da justiça constitucional de realização do Estado de Direitos. Recorde-se que, no Brasil, todo magistrado é um juiz constitucional, carregando em seu cargo o dever mencionado (TAVARES, **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011a, p. 732-733).

Por fim, Konrad Hesse cita a interpretação da Constituição conforme a lei como princípio suplementar que deve ser considerado por respeito à primazia do legislador na concretização da Constituição e à presunção de constitucionalidade das leis (HESSE, *Op. Cit.*, 2009, p. 118-122). Vale recordar que não é só o Judiciário que concretiza a Constituição, embora tenha a “última palavra” na figura do STF, mas o Legislativo também a concretiza dentro de sua liberdade (ainda que estreita) de conformação nos significados possíveis dentro da moldura constitucional.

5. CONCLUSÕES

O conceito de “Poder Judiciário no Estado de Direitos” significa, então, que o Judiciário não desponta somente como um poder direcionado à resolução de conflitos de interesse entre os jurisdicionados, mas como garantidor e distribuidor dos direitos fundamentais, inclusive contra o maior violador que é o próprio Estado.

O Poder Judiciário, atualmente, realiza um papel importante na concretização dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais tão esquecidos pelo Executivo e Legislativo. Nem mesmo o dogma da separação de poderes, levantado muitas vezes sem um sentido preciso, pode impedir a realização de tais direitos quando inertes os órgãos constitucionalmente competentes para implementá-los na prática.

Os ensinamentos mais contidos e céticos de Blanco de Moraes nas prestações sociais, porém, devem ser sopesados (sob a rígida condição de o Estado comprovar indiscutivelmente a insuficiência orçamentária) para evitar uma distribuição cega e irresponsável de direitos sociais sem a mínima preocupação com a solidez do próprio Estado em períodos de es-

casos de recursos, como a atual crise econômica europeia (em especial, Portugal, Espanha, Irlanda e Grécia), jamais considerados em períodos de abundância, o que causaria a supressão ou diminuição (retrocesso) de direitos sociais antes conferidos pelo Estado aos cidadãos.

As colocações de Häberle também são importantes a ponto de o Judiciário sempre garantir o mínimo necessário à sobrevivência do cidadão, porque antes serão criadas as riquezas para depois serem distribuídas. Vale dizer que outros investimentos do Estado também são essenciais para a geração de riquezas e empregos (v.g. a infraestrutura) com o objetivo de posterior redistribuição dessa prosperidade à população mais necessitada por meio de maior arrecadação de receitas tributárias e das consequentes prestações sociais.

No ciclo hermenêutico de concretização dos direitos fundamentais, conclui-se que a interpretação conforme a Constituição como técnica de decisão promove o fenômeno da constitucionalização dos direitos, reconhecendo-se o papel da justiça constitucional de realização do Estado de Direitos. Vale recordar que, no Brasil, todo magistrado é um juiz constitucional, carregando em seu cargo o dever mencionado (TAVARES, *Op. Cit.*, 2011a, p. 732-733).

Finalmente, o presente artigo não trata de mero exercício de retórica constitucional vazia. Nos dias atuais, essas conclusões parecem óbvias, mas a longa caminhada de construção da cidadania brasileira e de reconstrução do Judiciário – até então tolhido pelos regimes ditatoriais de Getúlio Vargas e depois dos militares durante o século XX – demonstra que a realidade nem sempre foi assim em nosso país. ❖

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. "Judicialização, ativismo e legitimidade democrática". Salvador: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 18, abr./jun de 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England: of private wrongs**. Chicago: The University Chicago Press, 1979.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. "Direitos sociais e controlo de constitucionalidade por omissão". **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC** nº 20, ano 5. Belo Horizonte, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BUCK, Pedro. "O Judiciário enquanto arena da oposição política: a relação entre o judiciário e a política a partir de Tate e Vallinder". **Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB – SP**, ano III, nº 08, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. 12. Reimp. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1980.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 282.

HÄBERLE, Peter. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Más Allá del Estado Nacional**. Madrid: Trotta, 1997.

HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

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

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. V. I. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O sistema judiciário brasileiro e a reforma do estado**. São Paulo: IBDC, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

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

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **Supremo Tribunal Federal – composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012.

PERRY, Michael J. "Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a suprema corte americana: da deferência thayeriana". Tradução de Mariana Bevilacqua. Revisão técnica de Felipe Monteiro. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 2, p. 113-126, abr/jun 2007a.

_____. "Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrincheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? (com especial referência à pena de morte, aborto e uniões de pessoas do mesmo sexo)". In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional – pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007b.

SCALIA, Antonin. "Originalismo: o mal menor". In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 3, jul/set 2007.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____. **Verdade e consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

SUNSTEIN, Cass. **A constitution of many minds: Why the founding document doesn't mean what it meant before**. New Jersey: Princeton University Press, 2009. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

_____. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. "O controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito como técnica processual: base, condições e alcance para advocacia". **Revista Científica Virtual da Escola Superior da Advocacia da OAB – SP**, ano III, nº 08, 2011b.