

**A INTERPRETAÇÃO DA CARTA MAGNA BRASILEIRA:
JUDICIALIZAÇÃO & ATIVISMO JUDICIAL**

***THE INTERPRETATION OF GREAT CHARTER BRAZILIAN:
JUDICIALIZATION & JUDICIAL ACTIVISM***

Scheila B. Santos

Resumo

Dada a relevância da redemocratização do Brasil após a promulgação da carta magna em 1988, assim como a valorização dos direitos humanos e a elevação da dignidade da pessoa humana ao cerne do texto constitucional, o presente trabalho tem como objetivo apresentar alguns aspectos quanto ao (neo)constitucionalismo e as formas de interpretação da Constituição Federal, especialmente no tocante a judicilização da política e ao ativismo judicial.

Palavras-chave: Constituição, Judicialização da política, Ativismo judicial.

Abstract

Given the importance of re-democratization of Brazil after the enactment of the Constitution in 1988, as well as the enhancement of human rights and the elevation of human dignity at the core of the constitutional text, this paper aims to present some aspects regarding the (neo) constitutionalism and the ways of interpreting the Constitution, especially regarding judicialization of politics and judicial activism.

Key-words: Constitution, judicialization of politics, judicial activism.

Introdução

O pós-guerra foi o momento dos países repensarem suas constituições em busca de uma visão mais humanitária, já que o Holocausto mostrou todo arbítrio do homem sobre o homem. No Brasil, o período ditatorial também gerou desrespeito a direitos de toda soma, especialmente, no tocante a liberdades.

A Constituição Federal de 1988 foi um grande marco, pois além de contribuir para a redemocratização do país, assegurou direitos e garantias individuais inexistentes e suscitou transformações formais que importaram na noção de uma nova ideia de Direito, possibilitando a concepção do Estado Democrático de Direito.

Apesar de todas as mudanças transcorridas na sociedade e principalmente percalços ocasionados tanto na esfera do Executivo (*impeachment* de um Presidente), Legislativo (denúncias de corrupção) e Judiciário (reforma), o texto constitucional garantiu a ordem.

Foi neste contexto conturbado que surgiu o neoconstitucionalismo, identificando um conjunto de transformações no Estado e no Direito Constitucional, em especial com relação a expansão do Poder Judiciário e a novas formas de interpretação da Constituição.

Esta nova visão acerca do constitucionalismo acabou por irradiar no sistema jurídico os valores constitucionais e, por conseguinte, contribuiu na expansão da jurisdição constitucional. O presente artigo visa contribuir na discussão desta expansão a partir do neoconstitucionalismo, assim como, verificar os fatores que podem contribuir para a judicialização política e o ativismo judicial no Brasil.

Constitucionalismo

O término da II Guerra Mundial foi o início de mudanças importantes para a sociedade¹, em especial, em decorrência do “desencantamento” em torno do

¹ Luís Roberto Barroso afirma que “O fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade do mal, produzindo efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano. No direito em geral e, no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras décadas do século, e um retorno à ideia [sic] de valor. Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na

positivismo ideológico utilizado indevidamente por Hitler no Holocausto. A busca pela valorização dos direitos humanos tornou-se imprescindível, vez que:

Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. A mesma tinta utilizada para escrever uma Declaração de Direitos pode ser utilizada para escrever as leis do nazismo. ... o legislador, mesmo representando uma suposta vontade da maioria, pode ser tão opressor quanto o pior dos tiranos.²

A partir daí, segundo MARMELSTEIN, a ordem jurídico-constitucional de vários países passou a ser centrada na dignidade da pessoa humana³, com surgimento de uma teoria dos direitos fundamentais com as seguintes premissas: “(a) crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; (b) defesa da posituação constitucional dos valores éticos; (c) crença na força normativa da Constituição... ; (d) compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana.”⁴

No Brasil, decorrente em parte do próprio movimento em busca da redemocratização do país⁵ e principalmente pela crise social, tais mudanças foram mais visíveis a partir da década de 80 e acabaram por influenciar na formação de uma constituição cidadã⁶. Iniciada no compromisso de campanha de Tancredino Neves (eleito em 15/01/1985), “após dezoito meses de trabalho, culminando um processo constituinte exaustivo e desgastante, muitas vezes subjugado pela política

consciência humana e na experiência civilizatória dos povos. BARROSO, L. R. Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo. Revista Trimestral de Direito, v. 1, 1993. _____. In: BARCELLOS, A. P. **A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, Prefácio.

² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 11.

³ Sobre o assunto ver também: BARBOZA, E. M. Q. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*. Tese de Doutorado, PUC-PR, 2011.

⁴ *Ibid*, p. 13.

⁵ Os anos que precederam a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 foram tensos e turbulentos, vez que, apesar da promoção da anistia e liberdade partidárias pelo novo presidente General João Baptista Figueiredo, as forças ditatoriais ainda se manifestaram em atos de violência contra a redemocratização. BARROSO, L. R. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988**: o Estado a que chegamos. P. 7. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/vinte-anos-da-constituicao-de-1988-a-reconstrucao-democratica-do-brasil>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

⁶ Em 27 de julho de 1988, Ulysses Guimarães proferiu discurso enquanto presidente da Assembleia Constituinte, no qual afirmou “essa será a Constituição cidadã. Porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros.” P. 12151. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário Assembléia [sic] Nacional Constituinte**. Brasília-DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano II, n. 282, 28 jul. 1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/282anc28jul1988.pdf#page=106>>. Acesso em 15 jul. 2013.

ordinária, foi aprovada, em clima de moderada euforia, a Constituição da República Federativa do Brasil”⁷ em 5 de outubro de 1988.

Com ela houve uma superação da ideia de Estado com fim em si próprio, que o Brasil vivenciou no seu período ditatorial, ou seja, “O Estado e todo o seu aparato, portanto, são meios para o bem-estar do homem e não fins em si mesmos ou meios para outros fins. Este é, bem entendido, o valor fundamental escolhido pelo constituinte originário, o centro do sistema, a decisão política básica do Estado brasileiro.”⁸

A Constituição Federal (CF) de 88 representou um avanço institucional e sacramentou a transição de um Estado autoritário para o Estado Democrático de Direito. Relevante esclarecer que o fato não significou apenas unir os conceitos de Direito de Estado e Estado Democrático, mas sim a criação de um novo patamar, por isso a importância do art. 1º da carta magna, que proclama e funda o Estado Democrático de Direito quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui desse Estado. Ademais, baseia-se na democracia como valor fundante:

A democracia que o Estado Democrático realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.⁹

Segundo SILVA, “É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.”¹⁰ Para tanto, diferentemente da ditadura, valeu-se da democracia, pois “como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da

⁷ BARROSO, **Vinte...**, op. cit., p. 14.

⁸ BARCELLOS, A. P., op. cit., p. 26.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 119-120.

¹⁰ Ibid.

pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente que o Estado de Direito.”¹¹

Celso Ribeiro BASTOS esclarece que:

A idéia democrática é eminentemente evolutiva e hoje abre muito espaço não só à procura de fazer valer a vontade popular, como de não buscar a sua representação apenas nos legisladores eleitos, mas também nas organizações civis da sociedade, tais como: sindicatos, associações de classe, partidos políticos, enfim, em diversos setores organizadores da sociedade nos quais se procura um contrapeso para o próprio Estado. É, portanto, uma democracia calcada fundamentalmente na divisão do poder, não somente na divisão clássica, que triparte o poder em três órgãos diferentes: Legislativo, Executivo, e Judiciário, mas com reconhecimento de diversos outros poderes dentro da sociedade: os poderes locais, regionais, municipais, dos Estados-Membros, as províncias, aqueles existentes dentro da organização econômica, a indústria, assim como das igrejas, das manifestações de defesa do consumidor, enfim, tudo aquilo que possa representar a expressão dos diversos segmentos da vontade popular.¹²

Sendo uma particular maneira de ser do Estado¹³, a Constituição traz preceitos imperativos para ordenação jurídica¹⁴ de uma nação. No caso da CF 88, tais preceitos trouxeram grandes avanços¹⁵ e conquistas aos cidadãos e aos três poderes¹⁶, mas também, trouxeram grandes responsabilidades ao Legislativo, Executivo e principalmente ao Judiciário. Justamente por seu caráter cidadão, os direitos e garantias individuais foram valorizados e o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado a núcleo central do documento mandatário. Entretanto, os direitos sociais ainda padecem e “têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina e da jurisprudência.”¹⁷ Neste contexto é que a atuação do Judiciário se torna imprescindível.

Segundo BARROSO, “sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de

¹¹ Ibid., p. 112.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. Democracia. In: **Dicionário de direito constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 38.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, p. 38.

¹⁴ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 17.

¹⁵ REIS afirma que “No atual sistema constitucional, fora estabelecido a tripartição dos poderes conforme teoria desenvolvida no século XVI pelo Montesquieu. Além do sistema check and balaces (freios e contra pesos) dos Poderes da República com a ampliação do sistema de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário e ampliação dos legitimados para propositura de tais ações.” REIS, Felipe Amorim. **O Neoconstitucionalismo e os 25 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.oabmt.org.br/Artigo/Artigo.aspx?id=175>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

¹⁶ BARROSO ressalta que “A nova Constituição, ademais, reduziu o desequilíbrio entre os Poderes da República, que no período militar haviam sofrido o abalo da hipertrofia do Poder Executivo, inclusive com a retirada de garantias e atribuições do Legislativo e do Judiciário. A nova ordem restaurou e, em verdade, fortaleceu a autonomia e a independência do Judiciário, assim como ampliou as competências do Legislativo.” BARROSO, **Vinte...**, op. cit., 30.

¹⁷ Ibid, p. 28.

seus interesses”¹⁸. Esse aumento da demanda por justiça exigiu e exige do Judiciário uma interpretação e aplicação das “cadeias normativas”¹⁹ de acordo com a complexidade dos casos reais. Afinal, como denomina FARIA, no:

Estado-Providência, com seus diferentes e complexos papéis como provedor de serviços básicos, como promotor de novas relações sociais, como planejador de atividades econômicas e até mesmo como agente diretamente produtor de bens e serviços, muitas de suas leis caracterizam-se por suas funções promocionais – o que exige de seus aplicadores, nos tribunais, um amplo esforço de compreensão valorativa de suas regras, mediante procedimentos mais abertos e flexíveis do que os previstos pela hermenêutica comum do Estado liberal.²⁰

A partir de marcos histórico (o novo constitucionalismo da Europa, o constitucionalismo do pós-guerra na Alemanha e Itália, a redemocratização do Brasil, etc.), filosófico (transformações do pós-positivismo) e teórico (reconhecimento da força normativa da CF, expansão da jurisdição constitucional e o surgimento de uma nova interpretação constitucional no âmbito da hermenêutica jurídica), pode-se ratificar as novas ideias e as alterações de paradigma que fizeram com que a doutrina e a jurisprudência criassem uma nova percepção da Constituição.²¹

“Tomando como fonte de inspiração as contribuições teóricas de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Ricardo Guastini, e de outros autores provenientes tanto da tradição romano-germânica, quanto dos sistemas *commow law*, o termo ‘neoconstitucionalismo’ passou a ser utilizado para ... referir um nova cultura jurídica.”²²

DUARTE e POZZOLO, baseando-se na tipologia utilizada por Paolo Comanducci, explicam as três formas de neoconstitucionalismo, quais sejam:

O neoconstitucionalismo teórico, aspira descrever os logros da constitucionalização e assume a defesa de que o modelo de sistema jurídico derivado desse processo “está caracterizado, além de uma Constituição ‘invasora’, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença na Constituição de princípios e regras, e por algumas peculiaridades da

¹⁸ Ibid, p. 41.

¹⁹ FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face das responsabilidades sociais. _____. In: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. FARIA, José Eduardo (organizador). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 61. p. 52-67.

²⁰ FARIA, op. cit., p. 62.

²¹ BARROSO, **Vinte...**, op. cit., p. 50-53.

²² MELO, M. P. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? _____. In: WOLKMER, A. C.; MELO, M. P. (organizadores). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 62-63.

interpretação e da aplicação das normas constitucionais em relação à interpretação e à aplicação da lei”. ... o neoconstitucionalismo ideológico, não se limita “a descrever os logros do processo de constitucionalização, senão que os valora positivamente e propugna sua defesa e ampliação. Em particular, sublinha a importância dos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais” e adota o modelo axiológico da Constituição como norma, pondo em evidência, dessa maneira, a defesa da radical especificidade da interpretação (e aplicação) constitucional em relação à da lei. Por último, o neoconstitucionalismo metodológico, concebido antagonicamente ao seu modelo terminológico análogo, o positivismo metodológico – que distingue entre as funções de descrever o direito e valorar-prescrever o direito –, mantém que a identificação e/ou a justificação do direito deve ser realizada a partir da tese da conexão necessária entre direito e moral.²³

BARROSO afirma que com o avanço do direito constitucional, a interpretação jurídica tradicional não restou derrotada ou superada (já que em seu âmbito há resolução da maioria das questões jurídicas), entretanto, suas premissas ideológicas deixaram de ser totalmente satisfatórias.

Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. [grifo no original]²⁴

Dentre as variadas teses e propriedades atribuídas ao paradigma neoconstitucionalista – pragmatismo; ecletismo (sincretismo) metodológico, principialismo, estalismo garantista, judicialismo ético-jurídico, pós-positivismo, juízo de ponderação, especificidade interpretativa, ampliação do conteúdo da *Grundnorm* e conceito não-positivista de direito²⁵ – talvez o ponto mais relevante a esclarecer é de que a “doutrina neoconstitucionalista ... é ... uma política constitucional: que indica não como o direito é, mas como o direito deve ser. ... o modo de interpretar a Constituição é estreitamente relacionado com o modo de concebê-la”.²⁶

Segundo SANCHÍS o neoconstitucionalismo se caracteriza por:

más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en

²³ DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 24-25.

²⁴ BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005, p. 4. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

²⁵ Sobre isso ver DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S., op cit., p. 63-72.

²⁶ Ibid., p. 78.

lugar de espacios exentos em favor de la opcion legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomia del legislador ordinário; y, por ultimo coexistência de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica.²⁷

Ademais, “o quadro institucional no qual se insere a elaboração neoconstitucionalista é aquele das democracias constitucionais, caracterizadas pela positivação de uma Constituição longa e densa, que compreende, além das regras de organização do poder, também um mais ou menos extenso catálogo de direitos fundamentais.”²⁸

É neste diapasão que BARROSO ratifica as principais inovações que marcaram o “novo direito constitucional” (reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional), em especial a constitucionalização do direito. Afinal, a Constituição passou a ser “não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito”.²⁹ Assim, para que se realize os valores contidos na Constituição, toda ordem jurídica deve ser lida e aplicada sob a égide da carta magna.³⁰

Ressalte-se que no direito brasileiro essa difusão da lei maior pelo ordenamento – constitucionalização – se dá por via da jurisdição constitucional³¹, que:

abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao

²⁷ SANCHÍS, L. P. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 107.

²⁸ DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S., op cit., p. 79.

²⁹ BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo...**, op. cit., p. 8.

³⁰ Alguns autores chamam isso de Filtragem Constitucional. Sobre o assunto Paulo Ricardo Schier afirma que “desenvolveu-se a idéia de filtragem constitucional, que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.” SCHIER, P. R. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2013. Sobre o assunto Filtragem Constitucional, ver ainda SCHIER, P. R. Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

³¹ Sobre o assunto Jurisdição Constitucional, ver BARBOZA, E. M. Q. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional.³²

BARBOZA, ao fazer uma análise do caso brasileiro acerca das teorias de Giselle Cittadino, Lenio Luiz Streck e Luís Fernando Barzotto, afirma que “todos concordam com a participação do Judiciário – enquanto intérprete maior da Constituição – na efetivação de direitos fundamentais enquanto representação dos valores escolhidos pela sociedade, priorizando, desta maneira, a proteção dos direitos fundamentais como valor supremo do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.”³³

Brasil: da judicialização ao ativismo judicial

Na realidade brasileira, justamente em razão da constitucionalização, do aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário, questões políticas e sociais passaram a ter sua instância decisória final nos tribunais. Desde políticas públicas, relações entre poderes, direitos fundamentais e mesmo situações individuais já foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.³⁴

Estes fatores de amplitude da Constituição, de combinação da jurisdição constitucional concentrada e difusa e a constitucionalização do Direito acabaram por dar lugar a um fenômeno denominado “judicialização das relações políticas e sociais”³⁵. Afinal, a presença mais efetiva do direito na sociedade devido ao aumento das ações judiciais e, principalmente, às necessidades frente a garantia dos direitos fundamentais previstos na carta magna, criou como consequência um processo que “consiste em uma nova atribuição de papéis à prestação jurisdicional, com o escopo de resolver conflitos sociais em meio a uma sociedade repleta de novas formas de proteção jurídica.”³⁶

³² BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo...**, op. cit., p. 12.

³³ BARBOZA, E. M. Q., **Jurisdição...**, op. cit., p. 84.

³⁴ BARROSO, **Neoconstitucionalismo...**, op. cit., p. 12-13.

³⁵ BARROSO, **Vinte...**, op. cit., p. 42.

³⁶ VIEIRA, José Ribas; GRUPO DE ATIVISMO DO JUDICIAL. **Verso e Reverso**: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. Juiz de Fora: Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito), v. 01, n. 4, outubro-novembro, 2009, p. 45. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

HIRSCHL define esse processo como juristocracia, ou seja, a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário³⁷, ao que BARROSO afirma que judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. ... Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais”.³⁸

Relevante ressaltar que:

Judicialização ... não se confunde com usurpação da esfera política por autoridades judiciárias, mas traduz o fato de que muitas matérias controvertidas se inserem no âmbito de alcance da Constituição e podem ser convertidas em postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou em processos subjetivos. Assim, o Supremo Tribunal Federal ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, constitucionalidade de planos econômicos, preservação ambiental, demarcação de terras indígenas e mesmo em questões do dia a dia.³⁹

Esse avanço do Judiciário não é exclusividade do Brasil, pois:

No Canadá, a suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Institucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.⁴⁰

Em sua tese de doutorado, BARBOZA demonstra a judicilização da política em vários países⁴¹ e salienta que Hirschl identificou esse fenômeno mundial em mais de 80 (oitenta) países, onde “reformas constitucionais transferiram significativa parcela de poder das instituições representativas ao Judiciário, na crença de que

³⁷ HIRSCHL, R. T. **Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 1-48.

³⁸ BARROSO, **Judicialização...**, op. cit., p. 3.

³⁹ BARROSO, **Vinte...**, op. cit., p. 42.

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. P. 1-2. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

⁴¹ BARBOZA, E. M. Q. **Stare...**, op. cit., p. 78-80.

esse Poder poderia promover mudanças sociais na proteção e afirmação dos direitos fundamentais.”⁴²

Para VIANNA, BURGOS e SALLES desde 1970, após a crise do *Welfare State*, “Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinhandose da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas”.⁴³

No Brasil a judicialização pode ser decorrente de três grandes causas: a redemocratização do país, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade; a constitucionalização abrangente, que trouxe para Constituição várias matérias antes tratadas (ou não) pelo Legislativo e Executivo; e o sistema brasileiro de constitucionalidade, que é um dos mais abrangentes do mundo por combinar aspectos dos sistemas americano e europeu.⁴⁴

Aplicando o quadro condicional de Tate, CARVALHO já entende que no Brasil haveria seis condições que podem ter contribuído para o surgimento da judicialização, sendo: democracia, separação de poderes, direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição, inefetividade das instituições majoritárias.⁴⁵

Para REIS, “tal judicialização no campo social e democrático se dá em razão do Poder Legislativo e Executivo ser inoperante e estar atacado pela epidemia da corrupção e inversão de valores na atual conjuntura partidária.”⁴⁶ Para BARROSO, tanto a crise do Legislativo – visto a atividade política passar por preocupante desprestígio – quanto as transformações da teoria constitucional que, inclusive, possibilitaram a conquista pela Constituição de *status* normativo e de efetividade; fizeram surgir um novo constitucionalismo e a constitucionalização do Direito.⁴⁷

O governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, teve que se preocupar em não infringir a Constituição. Essa seria, de maneira bastante simplificada, a equação

⁴² HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Massachusetts: Harvard University Press, 2004. _____. In: BARBOZA, **Stare...**, op. cit., p. 80.

⁴³ VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B; SALLES, P. M. **Dezessete anos de judicialização da política**. São Paulo: Tempo Social, revista de sociologia da USP, Ano, v. 19, n. 2, p. 41. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

⁴⁴ BARROSO, **Judicialização...**, op. cit., p. 3-4.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 117-120.

⁴⁶ REIS, op. cit.

⁴⁷ BARROSO, **Vinte...**op. cit., p. 40-48.

política que acomodou o sistema político (democracia) e seus novos guardiões (a Constituição e os juízes). Essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios.⁴⁸

TATE e VALLINDER afirmam que “quando falamos de uma expansão global do poder judicial, referimo-nos a infusão de um processo decisório judicial e de procedimentos típicos das Cortes em uma arena política em que os mesmos não foram previamente inseridos.”⁴⁹ Isso porque o direito constitucional passou por muitas mudanças, e estas transformações mudaram a forma como ele é visto e como é praticado.

REIS denomina de “ativismo judicial do Poder Judiciário” a aplicação da Constituição Federal pelos Tribunais Superiores no que se refere aos princípios nela consagrados⁵⁰. Todavia, é relevante esclarecer, embora alguns autores defendam situação diversa, que a judicialização e o ativismo judicial não são a mesma coisa. Nas palavras de BARROSO “são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor pelas mesmas causas imediatas.”⁵¹ Esclarece ainda o autor que:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos⁵² ... o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha

⁴⁸ CARVALHO, E. R. “**Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**”. Curitiba: Sociologia Política, 2004, nº. 23, p. 115. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

⁴⁹ TATE, C.; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press: New York, 1997. In: _____ VIEIRA, op. cit., p. 45-46.

⁵⁰ REIS, op. cit.

⁵¹ BARROSO, **Judicialização...**, op. cit., p. 6.

⁵² “No ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: (i) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade na Resolução no. 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros. ... É importante salientar que em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. ... A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.” *Ibid.*, p. 5-6.

de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo”.⁵³

No dicionário jurídico, Ativismo Judicial

expressa a ideia de que a decantada imparcialidade ou isenção, que caracterizaria não só a atividade judicial como o Estado e as leis, no regime político liberal não impede a realização dos objetivos e valores exigidos pela sociedade em determinado momento histórico, daí se exigindo também dos juízes no julgamento das causas, que não percam de vista tais objetivos e valores, como, por exemplo, os princípios e tarefas fundamentais constantes do título I da Constituição.⁵⁴

Assunto polêmico, não possui um conceito exato⁵⁵, tão pouco uma origem exatamente definida. TAVARES, VIEIRA e VALLE afirmam que:

Curiosamente, a cunhagem original do termo não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico; a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana Fortune, voltada não para juristas, mas para o grande público leigo. No artigo intitulado “The Supreme Court: 1947”, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos então nove juízes da Suprema Corte norte-americana, classificando como ativistas judiciais os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge, e como campeões da auto-limitação, os Juízes Frankfurter, Jackson, Burton e como integrantes de um grupo de centro (Juízes Reed e Vinson). Observe-se que o mencionado autor, ganhador do prêmio Pulitzer e responsável por uma obra dedicada à crítica social americana, com ênfase na exploração do liberalismo exercitado por importantes políticos na história daquele país tinha, nessa perspectiva - inegável elemento condicionante de sua análise – de reconhecer ao traçar uma linha divisória entre juízes ativistas e aqueles exercentes de uma auto-limitação, um simples reflexo de uma tendência liberal ou conservadora no desenvolvimento de sua atividade judicante.⁵⁶

VIEIRA reporta-se a Willian Marshall e afirma que há sete tipos ideais de ativismo judicial, quais sejam:

1) ativismo contra-majoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos. 2) ativismo não-originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas. 3) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos. 4) ativismo formal (ou jurisdicional): marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação. 5) ativismo material (ou

⁵³ Ibid., p. 6.

⁵⁴ Ativismo Judicial. In: SILVA, De Plácido. **Dicionário Vocabulário Jurídico**. SLAIBI FILHO, N; GOMES, P. P. V. (atualizadores). 30 e. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 158.

⁵⁵ Mais sobre a experiência americana em: TRINDADE, A. K.; MORAIS, F. S. **Ativismo Judicial**: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: UFPR, n. 53, 2011, p. 137-164. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/30764/19872>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

⁵⁶ TAVARES, R. S.; VIEIRA, J. R.; VALLE, V. R. L. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. P. 7713. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em 15 ago. 2013.

criativo): resultante da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional. 6) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto. 7) ativismo partisan: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social. [grifo no original]⁵⁷

Para BARROSO a ideia de ativismo judicial está associada a concretização dos valores e fins constitucionais pelo Judiciário, por meio de uma participação mais ampla e intensa e maior interferência na esfera do Legislativo e Executivo.⁵⁸ Para ele a postura ativista se manifesta por meio de condutas diferentes, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁵⁹

Para Lenio STRECK, no Brasil há um excesso de ativismo, pois não se pode afirmar – na sua opinião – se um tribunal é ativista ou não pelo seu número de ações e/ou quantidade de ADINs julgadas. “E quando digo excesso, não estou admitindo um ‘ativismo adequado ou necessário’. Permito-me dizer: ativismo é vulgata da judicialização. Não há bom ou mau ativismo.”⁶⁰ Por meio de uma retórica questionadora, STRECK faz forte crítica a alguns autores que afirmam inexistir o ativismo judicial no STF:

permito-me insistir —, há casos que sempre devem fazer parte de qualquer pesquisa para aferir o grau de ativismo. Por exemplo, os mandados de segurança que o próprio parlamento busca junto ao STF... Como classificar o caso, recentíssimo, da ação judicial da oposição para trancar a pauta da apreciação dos vetos, com liminar deferida pelo ministro Luiz Fux? Isso é o quê? Alguns autores — e aqui incluo exatamente T. Pogrebinschi — dizem que o fato de o STF se valer de sentenças interpretativas (interpretação conforme etc.) reforçaria o papel da lei e do Legislativo. Mas, indago: e se o STF, via interpretação conforme (ou nulidade parcial sem redução de texto), fizer exatamente o contrário do que propunha o Legislativo? Por exemplo, o Congresso nunca quis falar da regulamentação das uniões homoafetivas (atenção: não quero reiniciar a discussão do mérito dessa ação). Trata-se de um assunto que o Congresso, ao decidir não regulamentar, na prática o STF “regulamentou” de forma negativa. E o que fez o Judiciário, na ADPF 132? Fez interpretação conforme para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando procedência da ação, atribuindo, inclusive, efeito vinculante. Ou seja, nem tudo o que parece, é. ... os tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem

⁵⁷ VIEIRA, op. cit., p. 50.

⁵⁸ BARROSO, **Judicialização**..., op. cit., p. 6.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ STRECK, L. L. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 15 ago. 2013.

ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer. Por exemplo, quando o STF decide que, no artigo 366 do CPP, a prova considerada urgente fica ao arbítrio do juiz decidir, está não somente fazendo ativismo, com a institucionalização da discricionariedade judicial — ponto importante para aferir o grau de ativismo e da judicialização — como também está “legislando”. Não parece que o legislador, ao estabelecer, nos marcos da democracia, que a prova considerada urgente possa ser colhida de forma antecipada, tenha “querido” deixar isso ao bel prazer do juiz... Bom, mas foi isto que o STF disse que o dispositivo “quer dizer”. Atenção: sei que o STF mudou sua posição depois disso (HC 114.519). O que importa, entretanto, é que assim já havia julgado. Ainda: quando o legislador institucionaliza o sistema acusatório no Código de Processo Penal, mediante a aprovação de uma alteração significativa do artigo 212, o STJ e o STF negam validade ao dispositivo, sem qualquer arguição sobre a inconstitucionalidade do novel dispositivo. Simplesmente se negam a cumprir o dispositivo. Isso é ou não é ativismo? O sol nascerá amanhã? O produto do legislador não está conspurcado pelo Poder Judiciário? E veja-se o alcance desse tipo de decisão (por todos, o HC 103.525 – STF). Com isso, diariamente, milhares de acusados têm seus direitos violados por falta do cumprimento de um dispositivo que trata de direitos fundamentais. E assim por diante.⁶¹

CARMONA faz uma síntese das posições acerca do ativismo judicial e afirma que Daniel Sarmento critica as manifestações judiciais no que se refere a fundamentação principiológica:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça – passaram a negligenciar no 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 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. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.⁶²

Para BARROSO, “o ativismo judicial procurar extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito.”⁶³ Útil porque desde a reconstitucionalização do país (1988) o “papel do Congresso Nacional, no processo de produção legislativa, continuou bastante reduzido, à vista do espaço ocupado pelas medidas provisórias e pelos projetos

⁶¹ STRECK, **O ativismo...**, op. cit.

⁶² SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. _____. In: CARMONA, G. L. P. **A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605>. Acesso em: 20 ago. 2013.

⁶³ BARROSO, **Judicialização...**, op. cit., p. 7.

resultantes de mensagens do Executivo”⁶⁴, todavia, “Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados” pois “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.”⁶⁵

Da interpretação da carta magna

A constitucionalização do Direito repercute nos três poderes, sendo imposto ao legislativo e executivo deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. “A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente, pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal.”⁶⁶ Para BARROSO, a realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve técnicas e possibilidades de interpretação que incluem:

a) o reconhecimento da revogação de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis; b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador; d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinação interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a constituição.⁶⁷

TAVARES, VIEIRA E VALLE afirmam que os problemas inerentes ao processo de interpretação constitucional acabam por gerar problemas na identificação do ativismo judicial.

Afinal, o parâmetro utilizado para qualificar uma decisão como expressando ou não ativismo, reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso, não é a mera atividade de controle de constitucionalidade, e por via de conseqüência [sic], o repúdio ao ato do poder legislativo, que permite por si só a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outros poder,

⁶⁴ BARROSO, **Vinte...**, op. cit., p. 37.

⁶⁵ BARROSO, **Judicialização...**, op. cit., p. 9-10.

⁶⁶ BARROSO, **Neoconstitucionalismo...**, op. cit., p. 8.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 8-9

diante dos casos difíceis. O problema então reside essencialmente no caráter sempre controverso da delimitação do que são casos difíceis.⁶⁸

DWORKIN afirma que a teoria dos casos difíceis utilizada pelo positivismo jurídico⁶⁹ é totalmente inadequada, vez que “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.”⁷⁰

Para ele há que se insistir “num verdadeiro princípio de poder, uma idéia [sic] de que, quaisquer que sejam suas convicções acerca da justiça e da imparcialidade, os juízes têm também de aceitar um princípio superior e independente – o princípio da integridade”⁷¹. Vai além e afirma que “para defender o princípio legislativo da integridade, devemos defender o estilo geral da argumentação que considera a própria comunidade como um agente moral.”⁷²

DWORKIN também defende que toda vez que surge uma questão constitucional nova e controversa, as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato, utilizando-se de um método particular de ler e executar a constituição que ele chama de leitura moral.⁷³

A leitura moral... insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa: por isso, todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir que terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. Por isso os críticos da leitura moral da Constituição dizem que essa leitura dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público. Em síntese, ... essa grosseira acusação não tem fundamento.⁷⁴

⁶⁸ TAVARES, VIEIRA, VALLE, op. cit., p. 7714.

⁶⁹ “Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem em que parece supor que uma outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia [sic] não passa de uma ficção. Na verdade ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.” DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ DWORKIN, R. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 133.

⁷² DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 227.

⁷³ DWORKIN, R. **O direito...**, op. cit., p. 2.

⁷⁴ Ibid., 2-3.

Assim, deve-se buscar saber o que os autores da Constituição “pretendiam dizer, e não quais outras intenções eles tinham, o que é uma questão muito diferente”.⁷⁵ Afinal, “Somos governados pelo que nossos legisladores disseram – pelos princípios que declaram – e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos.”⁷⁶

Ressalte-se que a discussão acerca das formas de interpretação da constituição são decorrentes da mudança pós-guerra e o “que se percebe nesse novo contexto político-jurídico ... com o estabelecimento da supremacia dos direitos humanos ... é que este movimento se dá com a expansão do *judicial review* em diversos países.”⁷⁷ Essa expansão, além de ampliar o debate sobre questões morais e políticas, ganha lugar no Judiciário, sendo sua atuação “legítima, na medida em que provocado por atores políticos, como também por estar legitimado no próprio documento constitucional.”⁷⁸

BARBOZA entende que quando jurisdição constitucional realiza o *judicial review* tendo os direitos humanos como parâmetro material, há uma convergência dos sistemas de *civil law* e *common law*. Para BARROSO:

a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. ... O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.⁷⁹

O mais importante a se considerar é que a carta magna desempenha dois grandes papéis, sendo o primeiro o “de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando participação política ampla, o governo da maioria e alternância no poder.” e o segundo “grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais

⁷⁵ Ibid. p. 15.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ BARBOZA, **Stare...**, op. cit., p. 86.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ BARROSO, **Neoconstitucionalismo...**, op. cit., p. 14.

votos.”⁸⁰ Logo, a interpretação do texto constitucional deve se dar sempre em prol dos direitos fundamentais.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 completará 25 anos e com ela houve a redemocratização do país e a internalização de sistemas institucionais de proteção aos Direitos Humanos. Todavia, a evolução da sociedade, a constitucionalização e, principalmente, a percepção da garantia de direitos individuais por meio da carta magna cidadã fez com que houvesse um aumento da demanda por justiça e conseqüentemente uma ascensão do Poder Judiciário.

A interpretação do Direito, por sua vez precisou adaptar o método tradicional (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e em decorrência de transformações no Estado Democrático de Direito – caracterizando-o também como um estado de bem estar social – adequou-se tanto em relação à norma quanto ao intérprete.⁸¹

A jurisdição constitucional envolveu a interpretação e aplicação da Constituição, utilizando uma de suas maiores premissas, o controle de constitucionalidade. Todavia, houve na nova interpretação da carta magna alguns avanços da justiça constitucional sobre a política majoritária – Legislativo e Executivo⁸² – que geraram grande discussão acerca dos limites do poder judiciário.

Este artigo buscou verificar essa incidência no Direito brasileiro a partir do neoconstitucionalismo, tendo concluído por meio da pesquisa que no Brasil existe tanto a judicialização política quanto o ativismo judicial. Enquanto a Judicialização decorre de fatores diversos, tais como o modelo de Constituição adotado; a não implementação de políticas públicas pelo Executivo; o excesso de demandas judiciais e, principalmente, a inoperância do Legislativo; o ativismo judicial, nas palavras de BARROSO, “expressa uma postura do intérprete” da constituição (juiz).

Assim, conclui-se que se a interpretação respeitar as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito (racionalidade, motivação, correção e justiça) em prol dos direitos fundamentais a judicialização será eficaz, todavia, o

⁸⁰ BARROSO, **Judicialização...**, op. cit. p. 12.

⁸¹ BARROSO, **Neoconstitucionalismo...**, op. cit., p. 4.

⁸² BARROSO, **Judicialização...**, op. cit. 1.

excesso de ativismo judicial também poderá trazer decisões que podem ser caracterizadas como um risco à legitimidade democrática e a politização da justiça.⁸³

⁸³ Ibid., p. 20.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, E. M. Q. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BARBOZA, E. M. Q. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*. Tese de Doutorado, PUC-PR, 2011.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, Prefácio.

BARROSO, L. R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

_____. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988**: o Estado a que chegamos. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/vinte-anos-da-constituicao-de-1988-a-reconstrucao-democratica-do-brasil>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva.

BASTOS, Celso Ribeiro. Democracia. In: **Dicionário de direito constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

CARVALHO, E. R. **“Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”**. Curitiba: Sociologia Política, 2004, nº. 23. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São :Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face das responsabilidades sociais. _____. In: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** FARIA, José Eduardo (organizador). São Paulo: Malheiros, 1993, p. 52-67.

HIRSCHL, R. T. **Juristocracy:** the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 1-48.

HIRSCHL, R. Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism, Massachusetts: Harvard University Press, 2004. _____. In: BARBOZA, E. M. Q. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica:** reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*. Tese de Doutorado, PUC-PR, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, M. P. As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo? _____. In: WOLKMER, A. C.; MELO, M. P. (organizadores). **Constitucionalismo latino-americano:** tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

REIS, Felipe Amorim. **O Neoconstitucionalismo e os 25 anos da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <<http://www.oabmt.org.br/Artigo/Artigo.aspx?id=175>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário Assembléia [sic] Nacional Constituinte.** Brasília-DF: Centro Gráfico do Senado Federal, ano II, n. 282, 28 jul. 1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/282anc28jul1988.pdf#page=106>>. Acesso em 15 jul. 2013.

SANCHÍS, L. P. **Justicia constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. _____. In: CARMONA, G. L. P. **A propósito do ativismo judicial: super poder judiciário?** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605>. Acesso em: 20 ago. 2013.

SCHIER, P. R. *Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SCHIER, P. R. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-paulo%20schier.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

SILVA, De Plácido. **Dicionário Vocabulário Jurídico**. SLAIBI FILHO, N; GOMES, P. P. V. (atualizadores). 30 e. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 158.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STRECK, L. L. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 15 ago. 2013.

TATE, C.; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press: New York, 1997. In: _____ VIEIRA, José Ribas; GRUPO DE ATIVISMO DO JUDICIAL. **Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil**. Juiz de Fora: Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito), v. 01, n. 4, outubro-novembro, 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

TAVARES, R. S.; VIEIRA, J. R.; VALLE, V. R. L. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. P. 7713. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf>. Acesso em 15 ago. 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRINDADE, A. K.; MORAIS, F. S. **Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: UFPR, n. 53, 2011, p. 137-164. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/30764/19872>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B; SALLES, P. M. **Dezessete anos de judicialização da política**. São Paulo: Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

VIEIRA, José Ribas; GRUPO DE ATIVISMO DO JUDICIAL. **Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil**. Juiz de Fora: Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito), v. 01, n. 4, outubro-novembro, 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.