

## **ATIVISMO JUDICIAL: A Inadequação aos Fundamentos do Estado de Direito nas Sociedades Democráticas Contemporâneas**

*Hugo Assis Passos*<sup>1</sup>

**RESUMO:** Reflexão sobre as alterações na teoria e prática do direito constitucional decorrentes das concepções teóricas que sustentam o modelo decisório proposto pelo paradigma denominado de “neoconstitucionalismo”. Igualmente, analisam-se os argumentos de autores que elencam objeções ao novo constitucionalismo e avaliam-se as construções teóricas que questionam a adequação do referido modelo decisório às sociedades democráticas contemporâneas. Outrossim, busca-se uma compreensão mais clara do denominado fenômeno do “ativismo judicial”, promove-se reflexões sobre o *judicial review*, sobre a ampliação da legitimação da jurisdição constitucional para adoção de uma interpretação com eficácia aditiva e criativa em casos difíceis e sobre as razões pelas quais a criatividade da jurisprudência se tornou mais acentuada nas sociedades contemporâneas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neoconstitucionalismo; Objeções; Estado de Direito. Ativismo Judicial

**ABSTRACT:** Reflecting on changes in the theory and practice of constitutional law stemming from the theoretical concepts that support the decision-making model proposed by the paradigm called neoconstitutionalism. Likewise, it analyzes the arguments of authors that list objections to the new constitutionalism and evaluates the theoretical constructs that question the appropriateness of that decision-making model to contemporary democratic societies. Also, we seek a clearer understanding of the phenomenon called the "judicial activism" is promoted reflections on the judicial review on the expansion of the legitimacy of the constitutional jurisdiction to adopt an interpretation with additive and creative effectiveness in difficult cases and on the reasons why the creativity of jurisprudence became more pronounced in contemporary societies.

**KEYWORDS:** Neoconstitutionalism; Objections; Rule of law. Judicial Activism

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Visão panorâmica do processo histórico de surgimento do Neoconstitucionalismo; 2 Neconstitucionalismo: fisionomia teórica; 3 O modelo decisório decorrente do novo constitucionalismo e sua inadequação às sociedades democráticas contemporâneas, 4 Ativismo judicial 4.1 O *judicial review* – apontamentos sobre objeções; 4.2 ampliação da legitimação da jurisdição constitucional e a potencialização da criatividade da Jurisprudência nas sociedades contemporâneas. 4.3 Causas e efeitos da intensificação da criatividade jurisprudencial; Considerações finais.

---

<sup>1</sup> Professor da Universidade Estadual do Maranhão – UEMA, Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OABMA. Especialista em Direito Processual Civil e Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade em curso pelo IDP.

## INTRODUÇÃO

Neste estudo, pretende-se promover reflexões acerca das alterações vivenciadas na teoria e prática do Direito Constitucional. Sob esse viés, estudam-se, em linhas gerais, as mudanças ocorridas ou almejadas pela corrente de pensamento denominada neoconstitucionalismo, destacando-se os fundamentos principais diante das heterogêneas linhas teóricas dos autores do novo constitucionalismo.

Igualmente, pretende-se conjecturar sobre as concepções que sustentam o modelo decisório proposto por tal paradigma como inadequado às sociedades democráticas contemporâneas, posto ser capaz de violar direitos fundamentais, bem como, tem o intuito de investigar as objeções às premissas teóricas utilizadas.

Neste âmbito, busca-se uma compreensão mais clara do denominado fenômeno do “ativismo judicial”, através de reflexões sobre o *judicial review*, sobre a ampliação da legitimação da jurisdição constitucional para adoção de uma interpretação com eficácia aditiva e criativa em casos difíceis e sobre as razões pelas quais a criatividade da jurisprudência se tornou mais acentuada nas sociedades contemporâneas.

Parte-se, portanto, da hipótese de que a solução de casos difíceis, segundo o modelo decisório proposto pelo neoconstitucionalismo é inadequada às sociedades democráticas, pela potencialidade de gerar danos a direitos fundamentais consagrados.

Como objetivo geral, investiga-se a relação entre o Neoconstitucionalismo, Estado de Direito e Ativismo Judicial sob a perspectiva da adequação do modelo decisório influenciado por aquela corrente de pensamento às sociedades democráticas.

Importante pontuar que este ensaio tem como objetivos específicos: inicialmente, traçar um panorama histórico do surgimento do neoconstitucionalismo; em seguida, alinhar o perfil teórico do novo constitucionalismo em linhas gerais e comuns entre os autores que abordam o tema; promover reflexões sobre o ativismo judicial e o crescimento da criatividade da jurisprudência, por fim, refletir sobre as objeções ao modelo decisório proposto e sobre a suposta ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Outrossim, pertinente mencionar que a pesquisa tem natureza bibliográfica, pois fundamenta-se na revisão de literatura sobre o tema, por meio da avaliação de trabalhos.

Ademais, o ensaio mostra-se relevante academicamente e socialmente, posto que, após 28 anos de vigência da Constituição de 1988, é oportuno promover reflexões sobre o constitucionalismo, os modelos decisórios praticados pelo Poder Judiciário e o amadurecimento democrático em nosso país.

## **1 VISÃO PANORÂMICA DO PROCESSO HISTÓRICO DE SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

O conceito de neoconstitucionalismo foi formulado na Espanha e na Itália com forte impacto no ordenamento jurídico brasileiro, após divulgação de uma coletânea organizada pelo autor mexicano Miguel Carbonell Sánchez, publicada na Espanha em 2003 (SARMENTO, 2011, p. 75).

Segundo Atienza (2014, p. 1):

El término “neoconstitucionalismo” o “neoconstitucionalista” ha adquirido, como todo el mundo sabe, un gran predicamento en la teoría del Derecho de los países latinos -europeos y americanos- en los últimos años. Pero no parecen existir expresiones equivalentes en otros ámbitos culturales; o, si existen, tienen un significado muy diferente. La procedencia de la expresión parece estar en la escuela genovesa, en varios representantes de la misma, que la introdujeron con un propósito manifiestamente crítico y descalificador: para referirse a una concepción del Derecho contraria al positivismo jurídico que el los profesaban y profesan: digamos, al iuspositivismo metodológico o conceptual (la connotación de iuspositivismo realista podemos dejarla aquí de lado). Probablemente es e origen polémico tenga que ver con el uso tan confuso al que la expresión ha dado lugar.

Influenciados por linhas teóricas heterogêneas, os autores neoconstitucionalistas embasam-se em Ronald Dorkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, embora, curiosamente, nenhum desses define-se hoje, ou já se definiu em algum momento, como neoconstitucionalista. (SARMENTO, 2011).

A diversidade das linhas teóricas influenciadoras dos referidos juristas torna sobremaneira difícil a tarefa de conceituar o neoconstitucionalismo. Nesse sentido, afirma Sarmento (2011, p. 75):

Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o

fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.

No mesmo rumo, é imperioso ressaltar o que pensa Atienza (2014, p. 1): “Si alguien me preguntara hoy qué es eso del neoconstitucionalismo, creo que le contestaría lo mismo o algo muy semejante a lo que aparece en el Diccionario de los lugares comunes de Flaubert, en relación con el Derecho: “no se sabe qué es””.

Há autores que identificam o neoconstitucionalismo como teoria do direito, oposta aos positivistas, própria das concepções anteriores ao século XIX; como ideologia, caracterizada pela valorização do processo de constitucionalização dos direitos, por propor sua defesa e expansão e pela necessária conexão entre o Direito e a Moral; por fim, como metodologia, pela consideração de que os princípios constitucionais são uma ponte entre o direito e a moral, sendo qualquer decisão, em particular a judicial, fundamentada se derivada em última instância de uma norma moral. (ATIENZA, 2014).

Portanto, diante da diversidade teórica que serve de fundamentação para os neoconstitucionalistas, é coerente passar em revista um panorama histórico que proporcionou seu surgimento. Analisam-se os aspectos vivenciados no período pós-segunda guerra na Europa Ocidental e seus efeitos em países da América latina como o Brasil.

Até a segunda guerra mundial, a Europa era influenciada por uma cultura jurídica predominantemente legalista, ou seja, que concebia a Lei oriunda do parlamento como fonte precípua do Direito e que não atribuía força normativa à Constituição. (SARMENTO, 2011).

Isso significa que as disposições constitucionais eram vistas como programas a serem alcançados pelo Estado, desprovidos de imperatividade, assim como os direitos fundamentais previstos só valeriam se fossem regulamentados por Lei.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, na Alemanha e na Itália, e décadas mais tarde, na Espanha e Portugal, houve uma mudança significativa neste cenário, tendo em vista a constatação de que as maiorias políticas podem realizar e concordar com atos ditatoriais, como no Estado Alemão, fato que proporcionou às novas Constituições fortalecimento da jurisdição constitucional e de meios de preservação e cumprimento dos direitos fundamentais. (SARMENTO, 2011).

Nesse contexto, as constituições europeias não se aproximaram daquelas existentes nos Estados Unidos, onde, desde o início do constitucionalismo, entendia-se que as constituições são verdadeiras normas jurídicas capazes de limitar o exercício do Poder Legislativo e justificar invalidação de uma Lei. (SARMENTO, 2011).

As Constituições europeias do pós-guerra são documentos cheios de normas de elevada medida axiológica contendo decisões políticas importantes e alcançando variados temas que, outrora, não eram tratados em Constituições, como economia, trabalho, família. (SARMENTO, 2011).

O denominado neoconstitucionalismo, porquanto, expressou um conjunto de textos constitucionais que começaram a surgir depois da II Guerra Mundial, sobretudo nos anos setenta, previstos em constituições que não mais se limitavam a estabelecer competências, separar os poderes públicos e reger as relações entre o Poder Público e os particulares. São textos constitucionais compostos, de modo sensível, de normas materiais que condicionam a atuação do Estado por meio de certos fins e objetivos, além de um amplo catálogo de direitos fundamentais, estabelecendo um novo marco das relações entre o Estado e seus cidadãos, sobretudo na profundidade e na quantidade de detalhes regradas por esses postulados constitucionais. (SÁNCHEZ, 2010)

Logo, tais Constituições passaram a tratar de temas ao lado dos direitos individuais e políticos, dos direitos sociais e, como consequência, a interpretação das tais normas passou a ser extensiva e alcançar outros ramos do direito. (SARMENTO, 2011).

Decorrente da entrada em vigor desse novo modelo substantivo de textos constitucionais, restou relacionado à prática jurisprudencial dos juízes e cortes constitucionais, a partir da adoção de parâmetros interpretativos novos e raciocínio judicial mais completo, a aplicação das técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, a ponderação de direitos, a proporcionalidade e a razoabilidade, a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais. (SÁNCHEZ, 2010)

Neste passo, as constituições do pós-guerra, de que é exemplo a constituição brasileira de 1988, teriam prestigiado mais os princípios do que as regras, utilizando-se do modo de aplicação denominado ponderação, em lugar da tradicional subsunção; a ponderação demandaria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; esse modelo de análise, por sua vez, demandaria uma maior atuação do poder Judiciário em relação ao Legislativo e ao Executivo; e um ativismo do Judiciário, assim como a relevância dos princípios inseridos na Constituição, levaria a uma aplicação centrada da Constituição em vez da legislação. (ÁVILA, 2009).

Esse fenômeno, que influenciou a interpretação jurídica, fortaleceu o Poder Judiciário e fez surgir a denominada constitucionalização de todo o sistema, em síntese, todo o ordenamento passou a ser lido sob a exata perspectiva constitucional.

Ressalte-se que essas Constituições eram marcadas pela abertura e indeterminação semântica, pois eram compostas preponderantemente por princípios e não regras, fato que impôs ao judiciário a adoção de novas posturas hermenêuticas. (SARMENTO, 2011).

O Judiciário, na nova perspectiva e diante da carga axiológica existente nas Constituições, precisou enfrentar conflitos aparentes entre princípios e, como consequência, utilizar novas técnicas interpretativas. Superou-se a subsunção e desenvolveu-se a ponderação.

Assim, como mencionado, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário, restando frequentes questões polêmicas e importantes para sociedade passarem a ser decididas por magistrados, especialmente pelas cortes constitucionais, ordinariamente, por ações propostas pelo grupo político ou social que não viu acolhidas suas pretensões na esfera legislativa. (SARMENTO, 2011).

Porquanto, o “neoconstitucionalismo” proporcionou mudanças na cultura jurídica, erigindo-se tais alterações em objeto de estudo para um significativo número de juristas no Estado contemporâneo.

No Brasil, a recepção do “neoconstitucionalismo” só ocorreu com o advento da Constituição de 1988, até então, as constituições no país não eram vistas como verdadeiras normas jurídicas, muitas vezes, os preceitos existentes eram considerados verdadeiras fachadas. (SARMENTO, 2011).

Nesta trilha, a Constituição de 1824 falava em igualdade e a escravidão negra era uma das principais instituições; na Carta Magna de 1891, instituiu-se o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; na Constituição de 1937, disciplinava-se o processo legislativo, mas, enquanto ela vigorou, o Congresso esteve fechado e o presidente legislava por decretos; a norma máxima de 1969 prescrevia direitos fundamentais, entretanto, o regime militar sequestrou, torturou, matou opositores. (SARMENTO, 2011).

Contudo, a carta constitucional de 1988 inaugurou uma nova perspectiva e consagrou os valores de um Estado Democrático de Direito, prescrevendo a organização do Estado, a divisão de poderes, a limitação da atuação estatal e direitos e garantias fundamentais; documento solene e fundamental do processo de redemocratização do país.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 prestou-se a romper com a cultura jurídica do estabelecimento de cartas constitucionais simbólicas e sem efetividade por conter um significativo elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões, aos quais conferiu aplicabilidade imediata e os protegeu do poder de reforma, reforçou o papel do Judiciário, criou remédios constitucionais, fortaleceu a independência das instituições, hospedou princípios e

ampliou, robusteceu e democratizou o acesso ao controle de constitucionalidade. (SARMENTO, 2011).

É nesse contexto que se destacam, na doutrina, autores que sustentam a mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro, inicialmente sob uma perspectiva positivista e proclamadora da efetividade das normas constitucionais e, posteriormente, sob um viés pós-positivista, através de teorias jurídicas que enfatizam a força normativa dos princípios e os aspectos singulares de sua aplicação.

## **2 NECONSTITUCIONALISMO: FISIONOMIA TEÓRICA**

A experiência política e constitucional brasileira transparece que, até 1988, as sucessivas normas constitucionais, cuja fundamentação foi dada à atuação dos poderes instituídos, preceituaram direitos e desenharam a organização jurídica do Brasil, foram marcadas pela existência de normas com baixo teor de efetividade e, muitas vezes, destinadas apenas a construir uma aparente força normativa.

Neste sentido, a baixa efetividade das Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento da força normativa a seus textos e da falta de vontade política de promover a aplicação direta e imediata de seus comandos, tradição herdada das constituições europeias da primeira metade do século que viam a Lei fundamental como simples ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes estatais. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Contudo, a Constituição de 1988 inaugurou uma nova perspectiva através da consagração dos valores do Estado Constitucional de Direito e da Democracia; constituiu, assim, um ordenamento no qual prevê normas que organizam e limitam os poderes estatais, prescrevem direitos e garantias constitucionais e permitem a participação popular nos destinos políticos do país.

Ademais, na vigente Constituição, a efetividade elevou-se em uma ideia vitoriosa e incontestada, alcançando as normas constitucionais o *status* de normas jurídicas dotadas de verdadeira imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente as situações que abrangem, além de se tornarem parâmetros interpretativos para as normas infraconstitucionais, atribuindo novos sentidos ao direito civil, processual, penal e demais ramos do direito. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Esse novo paradigma constitucional identifica o estágio atual do constitucionalismo, segundo qual o constitucionalismo democrático, nas últimas décadas, vivenciou profundas modificações em sua teoria e prática, notórias na atuação dos tribunais

Logo, é possível observar que os ordenamentos jurídicos contemporâneos vêm sendo modificados por uma série de transformações que guardam certa relação com o fenômeno denominado “constitucionalização do ordenamento jurídico”, que pode ser compreendido como um processo de transformação de um ordenamento, ao término do qual o ordenamento em questão resultar totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais. Um ordenamento jurídico constitucionalizado caracteriza-se por uma Constituição extremamente invasora, “intrometida”, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos, bem como as relações sociais. (SÁNCHEZ, 2010)

Tais transformações na teoria e prática do direito constitucional brasileiro podem ser concentradas em três marcos fundamentais, quais sejam: marco histórico, a constituição de 1988 e a redemocratização no país; marco filosófico, o pós-positivismo, que concebe a relação entre o direito e a filosofia moral e política, assim como prega a utilização dos valores na interpretação jurídica, reconhece a força normativa aos princípios e sua diferença com as regras jurídicas, sustenta a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a criação de uma nova hermenêutica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada na dignidade da pessoa humana; por fim, como marco teórico, a afirmação da força normativa das disposições constitucionais, a expansão da jurisdição constitucional, com a criação de tribunais constitucionais e de uma nova hermenêutica constitucional. (BARROSO, 2013).

Porquanto, referidos efeitos representativos das alterações do pensamento jurídico brasileiro sob a influência do neoconstitucionalismo podem ser sintetizados no reconhecimento da força normativa e efetividade da constituição, rejeição ao formalismo jurídico e adoção de raciocínios jurídicos mais abertos – ponderação, tópica e teoria da argumentação; constitucionalização do direito, evidenciada pela irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do direito; reaproximação do direito de concepções morais e políticas e judicialização da política e das relações sociais. (SARMENTO, 2011)

A partir dessas observações é possível traçar o perfil fisionômico do neoconstitucionalismo através da concentração de suas características em dois grupos principais, o primeiro contém aspectos metodológicos-formais e outro, aspectos materiais. (BARCELLOS, 2007).



Sob o aspecto metodológico-formal é coerente afirmar que o neoconstitucionalismo opera sobre três premissas principais, quais sejam: o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de imperatividade; a superioridade da Constituição sobre as demais normas do ordenamento; a centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos, em razão do fato de os demais ramos do Direito deverem ser compreendidos e interpretados a partir da Constituição. (BARCELLOS 2007).

Já no aspecto material, duas características merecem ser mencionadas: a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, em especial, no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e a expansão dos conflitos entre opções normativas e filosóficas dentro do sistema constitucional. (BARCELLOS, 2007).

É conveniente esclarecer que, quanto à incorporação de valores e opções políticas no texto, o neoconstitucionalismo convive com a dificuldade de desenvolvimento de uma dogmática capaz de promover eficácia a tais disposições constitucionais. (BARCELLOS, 2007).

Na mesma trilha, no que concerne à expansão dos conflitos entre opções normativas e filosóficas, é oportuno transparecer que tais conflitos podem ser específicos ou gerais; os primeiros decorrem de oposições reais e aparentes entre diferentes comandos constitucionais que incidem sobre determinada situação de fato e prescrevem soluções diferentes; os segundos, dizem respeito ao papel da Constituição, representados pela oposição entre a concepção de que à Constituição cabe impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas consideradas essenciais e consensuais, e outra concepção compreendendo que à Constituição somente cabe garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de valores e opções políticas. (BARCELLOS, 2007).

Importante ressaltar que as discussões sobre as concepções supracitadas sobre o papel da Constituição – substancialistas x procedimentalistas, respectivamente – mostram-se relevantes para se definir o sentido e a extensão do texto constitucional pelo aplicador do direito, pois a prevalência da visão substancialista justificará um controle de constitucionalidade mais rígido e abrangente sobre os atos Estatais; enquanto a visão procedimentalista demonstrará uma perspectiva de mais liberdade às decisões dos Poderes Públicos. (BARCELLOS, 2007).

Enfatiza-se que não há uma única concepção e perspectiva sobre o neconstitucionalismo, face à diversidade de autores; por esta razão, seria inconsistente esboçar uma teoria única sobre neconstitucionalismo, contudo, são esboçadas supostas mudanças ocorridas ou desejadas do referido movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional, são elas: princípios em vez de regras (mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez de Poderes Legislativo ou Executivo (mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (maior, ou direta aplicação da Constituição em vez da Lei). (ÁVILA, 2009).

Embora não exista uma concepção única entre os autores sobre o paradigma criado pelo neconstitucionalismo, pode-se afirmar a existência de relativo consenso no que diz respeito às suas características, quais sejam: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, sem adoção de categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e o papel de destaque do Poder Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição. (SARMENTO, 2011).

Em que pese a existência de diversas concepções e perspectivas sobre as teorias, métodos e ideologias que sustentam os debates sobre as mudanças aqui destacadas, é inegável, que, sob a vigência da Constituição de 1988, o neoconstitucionalismo é tema de reconhecida relevância teórica e prática para o constitucionalismo contemporâneo, diante de tal constatação, passa-se a analisar de modo mais aprofundado as mudanças passadas em revista neste tópico.

No intuito de aprofundar a análise das alterações supracitadas, merece, inicialmente, relevo tratar do desenvolvimento de novos métodos de interpretação constitucional. Reconhecer existência de novos modelos interpretativos importa em refletir sobre novos meios de realização das normas constitucionais.

Neste diapasão, não importa na rejeição do método clássico subsuntivo de aplicação das regras, muito menos na negativa de utilização dos elementos clássicos da hermenêutica, quais sejam, gramatical, histórico, sistemático e teleológico; mas, no reconhecimento de que, em muitos casos, para realização da constituição, estes não são suficientes. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Contudo, a sensível mudança na interpretação constitucional revelou-se do reconhecimento de que as normas constitucionais não trazem em sua essência um sentido único e aplicável a todas as situações, restando ao intérprete apenas revelar o conteúdo existente, sem qualquer esforço criativo para a concretização do comando. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Deste modo, a partir da constatação de que as normas constitucionais não possuem um único sentido, face ao conteúdo flexível, aberto e principiológico, quando da aplicação aos casos concretos, surge a necessidade de um novo modelo de interpretação constitucional, mesmo que seja reconhecida na Constituição de 1988 a existência diversos dispositivos de pouco teor valorativo.

Neste sentido, ganham papel de destaque técnicas, valores e personagens, em detrimento de outros, quais sejam, a norma abstrata perde relevo em face da integração entre esta, os fatos e o intérprete, pois a solução dos casos concretos depende da referida integração para a consagração da vontade constitucional. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Ademais, a atual interpretação constitucional envolve escolhas do intérprete e a utilização dos princípios, normas abertas e conceitos indeterminados para solução das situações postas em juízo, ressaltando-se o método da ponderação.

Neste passo, prepondera a positivação e aplicação exclusiva ou dominante dos princípios no lugar das regras; de tal preferência normativa ou teórica pelos princípios decorreria um método diferente da aplicação, ou seja, a ponderação, do qual decorre a dominância de uma perspectiva distinta de avaliação-individual e concreta. (ÁVILA, 2009).

Nesta linha, importante consignar que os princípios conquistaram a estirpe de normas jurídicas, portanto, dotados de eficácia e aplicabilidade direta. Assim, as normas jurídicas podem ser entendidas como regras e princípios jurídicos.

As regras possuem em sua essência a objetividade, a prescrição de um antecedente e consequente diante da ocorrência de fatos no mundo fenomênico na exata medida da descrição normativa; já os princípios possuem semântica flexível, maior abstração, incidindo na medida do possível em diversas situações concretas, aplicáveis através da ponderação. Destaca-se que passam a conviver harmonicamente no ordenamento regras e princípios e tal relação é marcada pela ausência de hierarquia entre estes.

Então, sob uma perspectiva pós-positivista, a Constituição passa a ser reconhecida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores suprapositivos, prevalecendo concepções de justiça e realização dos direitos fundamentais. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

A referida distinção entre regras e princípios é relevante para compreensão deste novo estado de coisas na interpretação constitucional, por essa razão, é oportuno ressaltar os aspectos distintivos.

Quanto ao conteúdo, os princípios são normas jurídicas que identificam os valores a serem preservados, fins a serem alcançados, são valorativos; já as regras traçam condutas de modo descritivo. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

No que concerne à estrutura das regras, esta tem em seu bojo de modo explícito os atos a serem praticados para seu cumprimento, ou seja, ocorrendo o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito prescrito; enquanto os princípios indicam fins, ideais a serem concretizados e não descrevem a conduta a ser seguida, restando ao intérprete definir que ação tomar. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Já em relação às particularidades de aplicação, a doutrina, fundamentada nas premissas teóricas de Dworkin e Alexy, cada qual com suas particularidades sobre o tema, sustenta, de modo geral, que ao ocorrer conflito entre regras deverão ser aplicadas de modo direto e automático por subsunção; mas, no que pertence aos princípios, o intérprete deverá fazer escolhas, valorações que indiquem determinada direção a tomar, ponderar os princípios conflitantes passíveis de incidir no caso concreto.<sup>2</sup> (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

É coerente ressaltar que o juízo de ponderação se vincula à ideia de que as normas podem assumir a forma de princípios, admitindo-se a mitigação da intensidade de sua incidência

---

<sup>2</sup> Importante diferenciar o conceito de princípio e regra para Dworkin e Alexy, ainda que ambos defendam a tese de que há uma distinção “forte” entre princípios e regras. Alexy considera que para a teoria dos direitos fundamentais, a principal diferenciação é a entre regras e princípios. Assim, elabora critérios para tal diferenciação, entre os quais, acredita que princípios são normas que ordenem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, os princípios, para Alexy, são mandados de otimização. Enquanto que as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, portanto, as regras contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

(ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 85-91).

Já na concepção de Dworkin, em crítica ao positivismo jurídico de Hart – sendo o sistema jurídico formado exclusivamente por regras, este identifica dois critérios para distinguir os princípios das regras. O primeiro deles é distinção a partir de um ponto de vista lógico, em razão do tipo de solução que oferecem. As regras operam de modo *tudo-ou-nada*, ou seja, no campo da validade – é aplicada em sua inteireza. Os princípios, por sua vez, não determinam por completo uma decisão, pois apenas servem de razões que contribuem a favor de uma decisão ou outra. O segundo critério é de que os princípios possuem a dimensão do peso, ao contrário das regras. Esse critério é definido quando dois princípios colidem no caso concreto, sendo que o um princípio cede em detrimento do outro. O que não acontece com as regras.

(DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ªed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010).

sobre os casos concretos quando em conflitos com outras normas, sem perder a validade jurídica. (BRANCO, 2009).

Porquanto, a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica, usada em casos difíceis, nas hipóteses em que subsunção não restou adequada ou insuficiente, quando a situação concreta dá ensejo a aplicação de normas de mesma hierarquia que apresentam soluções distintas. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Embora o raciocínio estabelecido na ponderação ainda desperte questionamentos, está ligado ao sopesamento e balanceamento de bens, valores ou normas e, igualmente, pode-se reconhecer que ocorre em pelo menos três etapas, quais sejam: identificação, dentro do sistema, das normas aplicáveis a um caso concreto e de eventuais conflitos entre elas; o exame dos fatos e a interação destes com os elementos normativos; decisão sobre o peso dos elementos em disputa, ou seja, análise dos diferentes grupos de normas e repercussão dos fatos do caso e o que deve preponderar na situação, ato contínuo, a decisão sobre a intensidade da solução escolhida e o grau de aplicação. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Outro aspecto que deve ser enfrentado na análise do paradigma teórico criado pelo neoconstitucionalismo é abertura da argumentação jurídica à Moral, ressalte-se sem adoção de categorias metafísicas do jusnaturalismo, a denominada teoria da argumentação.

A argumentação é considerada, nesta perspectiva, como um conteúdo ou ingrediente importante da experiência jurídica e tem sido sempre, independentemente de ser usada essa denominação para se referir a esse elemento jurídico ou alguma outra mais ou menos equivalente, como “raciocínio jurídico”, “método jurídico” ou “lógica jurídica”. (ATIENZA, 2013).

Neste cenário, identificar dentre as possibilidades interpretativas de um mesmo caso concreto qual deve ser utilizada sob um fundamento racional coerente, consiste no objeto enfrentado pela teoria da argumentação.

Consigne-se a existência de diversas teorias acerca dos parâmetros que a argumentação deve observar, contudo, de modo simplificado, é possível sintetizá-los em três: a apresentação de fundamentos normativos que apoiem a argumentação, ainda que implícitos; a possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão, ou seja, generalizar o critério de decisão que se pretende adotar em caso concreto em nome da isonomia; a adoção de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional e a realização, tanto quanto possível, do estado ideal pretendido pelos princípios materiais – contendo a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Sobre as características do neoconstitucionalismo e da ‘constitucionalização do ordenamento jurídico, afirma Sánchez (2010): são ferramentas úteis não somente no campo teórico, mas em todo terreno de aplicação prática da Constituição, terreno este que boa parte da América Latina possui profundos defeitos.

Ressaltado o perfil fisionômico das mudanças advogadas pelos neoconstitucionalistas, mostra-se imprescindível refletir sobre as objeções ao citado paradigma. Dedicar-se o próximo tópico a essas reflexões.

### **3 O MODELO DECISÓRIO DECORRENTE DO NOVO CONSTITUCIONALISMO E SUA INADEQUAÇÃO ÀS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS**

Alinhavados os fundamentos teóricos propostos pelos neoconstitucionalistas, é importante promover reflexões sobre as concepções que sustentam o modelo decisório proposto por tal paradigma como inadequado às sociedades democráticas contemporâneas, posto ser capaz de violar direitos fundamentais, assim como também, investigar as objeções às premissas teóricas utilizadas.

Como mencionado anteriormente, a Constituição de 1988 inaugurou a ordem jurídica do Estado brasileiro, consagrando em seu texto o Estado Democrático de Direito; tal preceito evidencia-se pelo estabelecimento da organização do estado, divisão de poderes, formas de acesso, limitação do exercício destes, a prescrição de direitos e garantias fundamentais e a participação popular.

A previsão de um ordenamento normativo e da forma de sua incidência diante dos fatos no mundo fenomênico, a limitação dos poderes e prescrição do respeito aos direitos fundamentais orientam e disciplinam a vida em sociedade e encaminham os espíritos a entender legítima a atuação estatal perante os cidadãos.

É coerente afirmar que, atualmente, no Brasil, vive-se em uma sociedade caracterizada pela pluralidade de visões do mundo e, assim como nas demais democracias constitucionais, a perspectiva da existência de consenso entre os cidadãos sobre temas relevantes inexiste. Neste sentido, dois tipos de desacordos são relevantes ao Direito Constitucional, quais sejam, em primeiro lugar, o que deve ser considerado uma vida boa – devoção religiosa, realização profissional, acumulação de riqueza, o papel da família, vida sexual e as influências das concepções morais como métodos contraceptivos, suicídio assistido, união homoafetiva, etc; em segundo lugar, como as riquezas devem ser distribuídas numa sociedade justa – alocação

de bens de acordo com o mérito pessoal ou distribuição igualitária – e o papel do Estado nessa distribuição. (GALVÃO, 2012).

Assim, as diferentes concepções de mundo impedem o consenso entre os cidadãos sobre temas que surgem no seio social, proporcionando desacordos a serem enfrentados pelo Direito e que uma teoria constitucional precisa considerar.

Neste diapasão, frise-se que uma teoria constitucional deve encarar o fato de que, embora cientes da existência de direitos e da justiça, os cidadãos discordam sobre os significados destes e das consequências quando da incidência em situações concretas. (GALVÃO, 2012).

Contudo, a vida em sociedade, embora repleta de controvérsias morais e políticas, apresenta-se como um empreendimento coletivo que impõe a cooperação entre os indivíduos, tais como a proteção do meio ambiente, o funcionamento do sistema de saúde ou a prestação jurisdicional, estas só são possíveis se os indivíduos atuarem em grupo, ou seja, a conformação de uma estrutura institucional que possibilite o atuar coletivo, tarefa árdua diante das convicções distintas existentes. (GALVÃO, 2012).

Tal atuação de modo coletivo, como dito, tem significativa relevância, diante de uma sociedade plural, para as decisões estatais a serem tomadas face às questões controvertidas surgidas no seio social.

Igualmente, sob este viés, a forma como as decisões são tomadas torna-se fundamental para legitimidade do regime político, ou seja, o tratamento isonômico necessário aos cidadãos impõe que os procedimentos decisórios sejam substancialmente neutros em relação às concepções morais e políticas existentes com qualquer resultado, pois, caso contrário, o comprometimento com determinado ponto de vista defendido por uma pessoa ou grupo mostrar-se-ia em confronto com as ideias de igualdade de participação e capacidade de autodeterminação. (GALVÃO, 2012).

A partir de tais considerações, indaga-se que mecanismo seria adequado a preservar o tratamento igualitário aos diferentes indivíduos ou grupos de indivíduos em uma sociedade marcada pela diversidade de convicções, interesses e valores quando do enfrentamento de questões divergentes e relevantes em um Estado Democrático.

Segundo Galvão (2012, p. 7), estando as instituições públicas funcionando de maneira adequada, o mecanismo por excelência pelo qual a sociedade define o seu agir coletivo é o processo democrático.

Ou seja, diretamente ou indiretamente, por representantes, a solução da maioria será mais adequada em determinada circunstância para o tratamento igualitário dos diferentes modos de ver o mundo.

É coerente sublinhar que as normas de natureza constitucional, leis ou atos normativos, oriundos do processo democrático, representam um resultado político, contudo, não afastam a existência de discordâncias sobre determinada circunstância, as diferentes concepções de mundo continuarão a subsistir e os desacordos persistirão, todavia, os que saíram perdedores no processo democrático respeitarão a decisão da maioria em nome da sociedade ainda que a unidade de entendimento reste impossível. (GALVÃO, 2012).

Logo, uma decisão de determinada circunstância baseada no processo democrático é capaz de preservar a igualdade, a expressão de todas as visões de mundo e de permitir que os perdedores no jogo democrático respeitem a decisão estatal tomada e possam, em caso de mudança da situação política, social e econômica, alterar o entendimento coletivo.

Desta feita, o Estado de Direito, através da norma jurídica emanada do processo democrático, em uma sociedade plural, cria uma relação de compromisso mútuo entre o Estado e o indivíduo; permite a gerência da vida coletiva por meio de um ordenamento jurídico que justifique a conformação do cidadão mesmo diante de normas contrárias as suas convicções e interesses (GALVÃO, 2012).

Nesta linha, através do processo democrático cria-se o aparato normativo do Estado e este conjunto de normas antevem as hipóteses no mundo fenomênico e estabelecem os resultados, sendo desnecessário, portanto, rediscutir aspectos políticos ou morais comuns nos casos apresentados ao Judiciário. (GALVÃO, 2012).

Porquanto, as normas jurídicas permitem o agir coletivo afastando as razões pessoais dos agentes na formação de suas vontades, diminuem o grau de discricionariedade dos intérpretes proporcionando previsibilidade e igualdade de tratamento. (GALVÃO, 2012).

Desse modo, o Estado de Direito, valendo-se das normas jurídicas oriundas do processo democrático, limita a autonomia dos indivíduos, assim como o exercício das próprias prerrogativas estatais, em nome da previsibilidade, diminuição da discricionariedade e do tratamento isonômico na condução de uma sociedade marcada pela pluralidade.

Todavia, o Estado de Direito não pode ser compreendido exclusivamente como aquele marcado por um conjunto de normas oriundas do processo democrático em uma sociedade plural e que soluciona os conflitos existentes através das normas, afastando a prevalência das vontades individuais fundadas em valores políticos e morais diversos; pelo contrário, o Estado de Direito é caracterizado também pela forma como as instituições públicas resolvem os



conflitos, ou seja, como estes dispositivos normativos são interpretados e aplicados, de modo alcançar a dignidade aos cidadãos.

Nesta senda, diante de conflitos no seio social, a forma como o processo desenvolve-se e é decidido, resta fundamental para o Estado de Direito, em outras palavras, mostram-se importantes os aspectos procedimentais na aplicação das normas, tais como o acesso à justiça, a existência de um juiz imparcial que decida de acordo com as provas produzidas nos autos, a representação do indivíduo por advogado em todas as fases, ter acesso às instâncias superiores, são alguns requisitos do denominado devido processo legal. (GALVÃO, 2012).

Assim, no Estado de Direito, respeitado o devido processo legal, almeja-se que a decisão a ser tomada em um caso concreto pelo juiz leve em consideração os fatos, as provas produzidas nos autos, os argumentos que se mostrem mais adequados às normas existentes, segundo uma interpretação coerente com o que foi construído pela sociedade até o momento da apreciação. (GALVÃO, 2012).

Nesta linha, parece ofender o Estado de Direito o julgamento que se aparta do dever de observar a estrutura normativa existente e faz prevalecer razões individuais, evidenciando-se que harmonia com os textos legais existentes é relevante para legitimidade da atuação do Estado.

Merece observação a prestação da tutela jurisdicional no âmbito do controle de constitucionalidade, pois, em regra, é tradicional a existência de disposições nas constituições de normas contraditórias; neste aspecto, reside o risco ao Estado de Direito pela implementação de algumas doutrinas contemporâneas que anseiam em mudar a realidade por meio da hermenêutica jurídica. (GALVÃO, 2012).

Observa-se que a prática jurídica se inclina, sob os fundamentos do neoconstitucionalismo, a valorizar o intérprete em detrimento da arquitetura normativa existente no ordenamento; mesmo diante de uma regra, justifica-se aplicação de um princípio, ou seja, prestigia-se a razão prática do intérprete flexibilizando a incidência de uma regra, circunstância que gera o questionamento sobre a pertinência de tal postura como o Estado de Direito.

Ainda nesta linha, defende a referida corrente de pensamento, a positivação e a aplicação, exclusiva ou preponderante, de princípios no lugar de regras, de tal predominância decorreriam de um método diferente de aplicação – ponderação, do qual, prevaleceria uma perspectiva distinta de avaliação – individual e concreta, assim como o predomínio de uma dimensão específica da Justiça – particular – e da dominância de um dos Poderes – Judiciário – além de uma das fontes, a Constituição. (ÁVILA, 2009).

Porquanto, podem-se concentrar os argumentos destes teóricos em quatro fundamentos, são estes: normativo (da regra ao princípio); metodológico (da subsunção à ponderação); axiológico (justiça geral à particular); e organizacional (do Poder Legislativo ao Poder Judiciário). (ÁVILA, 2009).

Debruçando-se sobre o primeiro fundamento, o normativo, é coerente refletir sobre a predominância deste aspecto em nosso ordenamento.

Para os neoconstitucionalistas, as constituições do pós-guerra, dentre elas a brasileira, teriam instituído, de modo exclusivo ou preferencial, os princípios. Analisando-se a Constituição Brasileira, nota-se, claramente, a existência de regras e princípios com funções e eficácias diferentes.

Embora o título I da Constituição Federal de 1988 faça previsão de princípios, o restante do texto é composto de muitas regras e alguns princípios, demonstra-se: o título II – Direitos e Garantias Fundamentais; título III – Organização do Estado; título IV – Organização dos Poderes; Título V – Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; Título VI – Tributação e Orçamento; Título VII – Ordem Econômica; Título VIII – Ordem Social; Título IX – Disposições Constitucionais Gerais e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; ou seja, preponderantemente, composto de regras; logo, resta evidente que a opção do legislador constituinte foi por esta espécie normativa, tanto que a Constituição de 1988 é classificada como analítica por ser detalhista e pormenorizada. (ÁVILA, 2009).

A opção do legislador constituinte parece demonstrar o interesse em diminuir a discricionariedade do intérprete, proporcionar certeza e previsibilidade, enfatizando numericamente as regras em vez de princípios.

Se considerarmos como verdadeira a afirmação de que a Constituição de 1988 é regulatória e não principiológica, a teoria objeto de análise possui problemas de natureza científica e metodológica; o obstáculo científico reside no fato da afirmação, sob aspecto da meta-linguagem, de que a Constituição de 1988 é composta de mais princípios do que regras, ser falsa; enquanto a barreira metodológica decorre da constatação de que a Constituição brasileira é preponderantemente dotada de regras, o que levaria a uma ruptura do encadeamento lógico dos fundamentos do neoconstitucionalismo. (ÁVILA, 2009).

Realizando um raciocínio diferente, se considerarmos que, embora sob aspecto numérico, as regras preponderem, a partir de uma análise qualitativa, poderíamos conjecturar que os princípios devem prevalecer diante de sua maior importância e, perante as regras constitucionais afastariam ou modificariam suas hipóteses; já em relação às regras

infraconstitucionais, teriam função interpretativa, integrativa e restritiva. Contudo, regras e princípios parecem possuir funções diversas, sem posições de hierarquia.

Logo, o raciocínio não pode prosperar, porque os princípios não possuem prerrogativa de afastar regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano, já que as regras têm função de resolver um conflito, conhecido ou antecipável pelo Poder Legislativo, ou seja, a solução legislativa prévia elimina a ponderação horizontal em nome da extinção ou diminuição de conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder; outrossim, não é facultado aos princípios modificar hipóteses de regras constitucionais para além do significado mínimo das palavras, no plano constitucional, para os casos ordinários (ÁVILA, 2009).

No âmbito infraconstitucional, embora, realmente, sirvam os princípios para integrar, interpretar e bloquear regras infraconstitucionais existentes, todavia, só deverão realizar a função de bloqueio quando a regra legal foi incompatível com a Constituição ou não for razoável face a um caso extraordinário. (ÁVILA, 2009).

Porquanto, mostra-se plausível a afirmação de que regras e princípios convivem no ordenamento com funções distintas sem posição de prevalência. Merece análise, após essas reflexões, o fundamento metodológico da corrente teórica em consideração.

Sob o aspecto metodológico, afirma-se, segundo os “neoconstitucionalistas”, em face da prevalência dos princípios sobre as regras, que o método de aplicação seria a ponderação em substituição à subsunção, mas há mais indícios de fragilidade nesta afirmação.

Em primeiro lugar, cria um “antiescalonamento” da ordem jurídica, pois se desconsideram vários níveis de concretização normativa – Constituição, lei, regulamento, ato administrativo, dentre outras – relacionadas em uma rede hierárquica que cede lugar a um só nível onde estão previstas as normas que orientarão a decisão; em segundo lugar, a prevalência da ponderação aniquila com as regras e com o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa; em terceiro lugar, tal paradigma conduz a um subjetivismo e, desta maneira, ameaça o caráter heterolimitador do direito. (ÁVILA, 2009).

Outrossim, oportuno refletir sobre o fundamento axiológico, qual seja, a alteração na justiça prevalente no modelo baseado na ponderação.

Segundo o referido paradigma, em vez de se privilegiar a justiça geral, baseada em normas prévias, abstratas e gerais, seria objeto de preponderância a justiça individual, fundada em normas posteriores, individuais e concretas, sob o pressuposto de que o exame das particularidades do caso concreto é o melhor caminho para a solução justa, pois, em algumas situações, a aplicação das regras causa injustiça. (ÁVILA, 2009).

Contudo, é importante considerar que as regras desempenham funções relevantes em uma sociedade complexa e plural, a exemplo da estabilização de conflitos morais e redução da incerteza e arbitrariedade diante de sua inexistência ou desconsideração; ou seja, as regras prestam-se de instrumento de justiça geral e a inexistência destas gera conflitos de coordenação, conhecimento, custo e controle de poder. (ÁVILA, 2009).

Embora seja possível reconhecer a importância da consideração das particularidades de cada caso concreto pelo intérprete, além dos aspectos previstos pela regra legal; e que, em situações excepcionais, em observância da razoabilidade, é possível mitigar, ou até mesmo, afastar a aplicação de uma regra, quando esta restou aquém ou além de sua finalidade, não é coerente desprestigiar todo um sistema de regras gerais e abstratas previstas pelo legislador.

Realça-se que, em uma sociedade plural e complexa, raramente os indivíduos estão de acordo com os valores a serem protegidos e com a solução de conflitos entre estes, por esta razão, as regras são necessárias para eliminar ou reduzir conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder, assim como precisam ser resistentes à superação ou ampliação de suas hipóteses. (ÁVILA, 2009).

Desta feita, as regras possuem papel fundamental em uma sociedade plural, já que são capazes de estabilizar conflitos, afastar arbitrariedades e são mecanismos de concretização da Justiça Geral pela padronização do tratamento às situações concretas. Conceber como padrão a desconsideração das regras, certamente, implicaria em injustiças.

Não se deve perder de vista que a sociedade, sob a égide do Estado de Direito, almeja por segurança jurídica, ou seja, pela estabilidade e previsibilidade do sistema normativo. Assim, prestigiar a justiça particular através da busca da melhor solução ao caso concreto pela consideração de todas as circunstâncias momentâneas, restringindo ou excluindo os aspectos previamente previstos pelo legislador na regra jurídica, demonstra indícios de inadequação com o Estado de Direito.

Como arremate, é importante analisar o fundamento organizacional da teoria de direito em apreço.

Entende-se por fundamento organizacional a afirmação da preponderância de um dos Poderes em face dos demais, qual seja, o Poder Judiciário, segundo as alterações propostas pela corrente de pensamento objeto de análise.

Neste rumo, não é desejável que Poder Judiciário, assuma, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, papel prevalente na solução de conflitos morais, tendo em vista que em um Estado de Direito, em uma sociedade complexa e plural, deve haver regras destinadas a

estabilizar conflitos morais, reduzir a incerteza e arbitrariedade decorrente de sua existência ou desconsideração, cabendo sua edição ao Legislativo e aplicação ao Judiciário. (ÁVILA, 2009).

Reafirma-se que em uma sociedade complexa e plural, composta por indivíduos e grupos cujos valores são variados, o consenso sobre os modos de solução de conflitos concretos entre valores inexistente. Como consequência lógica, elevam-se as regras como instrumentos aptos a excluir ou minimizar estes conflitos.

Em face desta afirmação, o Poder em que, por meio do debate, preserva-se a pluralidade de concepções de mundo e valores, através de mecanismos de discussão e votação, obtendo-se a participação de todos, é o Poder Legislativo. (ÁVILA, 2009).

Logo, em Estado de Direito composto por uma sociedade dotada de uma pluralidade de valores, o processo democrático transforma-se em instrumento capaz de considerar os interesses da maioria, assim como, preservar os anseios minoritários e a possibilidade de fazer prevalecer estes interesses diante da mudança do quadro político.

Na América Latina, na perspectiva do novo constitucionalismo, o conceito de Constituição vem sendo utilizado com frequência como um motivo legitimador de ações do Estado, nem sempre de caráter democrático ou relacionado com o interesse geral, pois as constituições têm sido manejadas e instrumentalizadas para prolongar as condições de predomínio político de determinado grupo sobre o resto da sociedade. (SÁNCHEZ, 2010)

Por isso, é importante utilizar o discurso teórico sobre o conceito de Constituição com fins não somente acadêmicos ou analíticos, mas também deslegitimadores de uma suposta neutralidade do Estado ou do discurso que se apoia na Constituição para impor o ponto de vista de uns sem consultar os demais, ou de atuações legislativas ou jurisdicionais que violam as normas constitucionais. (SÁNCHEZ, 2010)

Neste rumo, a prevalência do Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, enfrenta uma objeção significativa.

Contudo, no paradigma neoconstitucional, os juízes ganham grande importância, pois todo o ordenamento jurídico deve ser garantido por mecanismos jurisdicionais. O neoconstitucionalismo também gera uma explosão da atividade judicial e implica ou requer algum grau de ativismo judicial, superior ao momento pretérito. (SÁNCHEZ, 2010)

Essa característica tem correspondido em muitos países a um momento de transição democrática, avançando num processo de consolidação das instituições democráticas, exercendo os juízes constitucionais papel central nesse processo, atuando como árbitro de disputas, inclusive político-partidárias. (SÁNCHEZ, 2010)

Nesta perspectiva, analisa-se o ativismo judicial, expressão crescente de tal paradigma, igualmente, objeto de significativas insurgências teóricas.

#### **4 ATIVISMO JUDICIAL**

A análise inicial de um fenômeno jurídico impõe a compreensão do conceito e da natureza dos institutos jurídicos que o compõem. Reside neste aspecto grande dificuldade no que diz respeito ao ativismo judicial. A utilização do termo ativismo judicial traz consigo uma forte carga de imprecisão, assim como, ordinariamente, é usado para fazer referência a contextos decisórios distintos, fato que proporciona as mais diferentes compreensões do referido fenômeno.

É habitual o uso do termo ativismo para se apontar, com objetivo de censura ou aplauso, um exercício da jurisdição, fora do usual, arrojada, no que diz respeito a opções morais e políticas. (GONET, 2011)

O ativismo judicial defenderia uma postura mais firme no exercício da jurisdição para a resolução de problemas que não contam com adequada solução legislativa, pois, ainda que não exista previsão legal, o compromisso constitucional da jurisdição, autorizaria o juiz a utilizar se poder criativo. (RAMOS, 2009)

Em uma das acepções, o ativismo poderá ser medido pela frequência com que determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos) de outros poderes, especialmente, o legislativo, atuando como legislador negativo, assim como quando o magistrado ou tribunal procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como a definição e concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático. (MEDEIROS, 2011)

Outro aspecto que merece ser observado, é que não há consenso sequer se o fenômeno do ativismo judicial vulnera ou não nossa ordem jurídica democraticamente instituída, face às interpretações criativas da norma constitucional e das demais normas do ordenamento jurídico.

Nesta senda, cogita-se se o ativismo judicial representaria uma usurpação de competência pelo Poder Judiciário das funções do legislativo e se tal postura decisória feriria a separação de poderes e a legitimidade dos representantes populares na criação das normas jurídicas.

O magistério de Ran Hirschl suscita que tal circunstância representa uma progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário, em face de uma mudança de ideologia jurídica que consiste na crítica das elites econômicas, jurídicas e

políticas à premissa majoritária absoluta, uma das dimensões da democracia. (MEDEIROS, 2011)

Além desta questão, uso impreciso da expressão “ativismo judicial” não é uma peculiaridade brasileira, pelo contrário, mesmo nos Estados Unidos, país em que foi citada pela primeira vez, a referida denominação é utilizada com vagueza. (GONET, 2011)

Adverte-se que a própria denominação judicial activism, foi citada pela primeira vez em um contexto não-técnico, qual seja, na revista Fortune, porquanto, inexistente esforço teórico de construção de um conceito; nem mesmo era esta a pretensão de Arthur Schlesinger Jr, o autor da nomenclatura, pois este, pretendia descrever as divisões ideológicas entre os nove membros das Suprema Corte, em 1947. (GONET, 2011)

No cenário judicial norte-americano, o ativismo judicial nomeou desde posturas conservadoras que perpetuaram a segregação racial e impediram as transformações econômicas da política do *new deal* de Roosevelt, na primeira metade do século 20; assim como comportamentos decisórios progressistas ou liberais da Corte de Warren na década de 1960. (STRECK, 2009)

Assim, o termo ativismo foi empregado com frequência no período em que Earl Warren presidiu a Suprema Corte Americana, como modo de criticar a jurisprudência progressiva da corte neste período. (1954-1969). Em sentido oposto, durante a presidência de William Rehnquist (1986 – 2005), o termo serviu para criticar atuação conservadora que corte passou a adotar. (MEDEIROS, 2011)

Na realidade brasileira, embora se constate uma série de decisões de caráter ativista, não se consegue identificar um padrão conservador ou progressista. Aponta-se ativismo de natureza jurisdicional, ou seja, um procedimento construído a partir das mais relevantes decisões com o objetivo preponderante de alargamento de sua competência institucional. (MEDEIROS, 2011)

Diante deste comportamento de ampliação da legitimação do tribunal para adoção de uma interpretação com eficácia aditiva e criativa em casos difíceis, reflete-se sobre a legitimidade democrática e os limites da capacidade institucional em tais situações. (MEDEIROS, 2011)

Para uma compreensão mais clara do denominado fenômeno do “ativismo judicial”, coerente refletir sobre o *judicial review*, sobre a ampliação da legitimação da jurisdição constitucional para adoção de uma interpretação com eficácia aditiva e criativa em casos difíceis e sobre as razões pelas quais a criatividade da jurisprudência se tornou mais acentuada nas sociedades contemporâneas.

#### **4.1 O *judicial review* – apontamentos sobre objeções.**

Reflexões sobre os argumentos contrários ao *judicial review* foram expressas em diversas obras acadêmicas, materializadas em perguntas tais como se *judicial review* sobre a legislação é apropriado ao modelo de tomada de decisão de uma sociedade livre democrática; se os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais; ainda, se o juiz está adstrito a interpretar e aplicar o direito ou se é legitimado a criar o direito.

Para estimular a reflexão sobre estes questionamentos, utiliza-se como referenciais teóricos os pontos de vista de Waldron, no texto *The core of the case against judicial review* publicado no *The Yale Law Journal* e Cappelletti, no texto “Juízes Legisladores?”.

Tais textos mostram-se pertinentes para provocar reflexões sobre *judicial review* e, em especial, sobre o ativismo judicial.

O controle de constitucionalidade de normas é adotado em muitos países, a exemplo dos Estados Unidos da América. Em diversas situações, Cortes Supremas declararam inconstitucionais leis.

Em novembro de 2003, o Supremo Tribunal de Massachusetts declarou inconstitucionais leis que regulavam a expedição de licenças para casamento, em razão de violarem os direitos constitucionais estaduais ao devido processo legal e à isonomia, ao entender que o casamento apenas poderia ser compreendido como a união entre um homem e uma mulher. Muitos juristas conceberam que uma decisão como essa é suficiente para se valorizar o *judicial review*, pois, em a casos como este, as reivindicações de direitos são examinadas firme e seriamente. (WALDRON, 2006)

Contudo, esse instituto deu ensejo a repercussões ruins, como a derrubada de aproximadamente 170 leis trabalhistas por tribunais estaduais e federais na era *Lochner*. Mas os defensores do *judicial review*, todavia, argumentam que esse resultado negativo ocasional é o preço pela prática que tem concedido decisões que resguardam os direitos individuais em face das maiorias preconceituosas. (WALDRON, 2006)

Neste diapasão, surge o primeiro questionamento, qual seja, a legitimidade democrática dos juízes para proferir decisões em situações que não possuem uma solução legislativa adequada ou, até mesmo, contrárias aos textos aprovados pelo legislador.

Na teoria da política liberal, a supremacia legislativa é frequentemente associada ao autogoverno popular e que os ideais democráticos estão fadados a manter uma relação



incômoda com práticas que sustentam que os parlamentos eleitos devam funcionar apenas com o consentimento de juízes não eleitos. (WALDRON, 2006)

Constata-se a existência de países em que não é possível a invalidação de leis pelo Judiciário, nos quais o próprio povo, mediante procedimentos legislativos ordinários, pode decidir a solução a ser adotada em questões polêmicas, como a liberação do aborto, o casamento homossexual e as ações afirmativas contra discriminação de minorias. Existindo discordância quanto a qualquer desses assuntos, os cidadãos podem eleger representantes para deliberar e resolver a questão votando em um parlamento, como ocorreu, por exemplo, na Grã-Bretanha na década de 1960, onde houve intenso debate acerca da liberalização da lei do aborto, da legalização da conduta homossexual consentida entre adultos e a abolição da pena de morte. (WALDRON, 2006)

Adverte-se que qualidade desses debates, bem como daqueles realizados em outras nações que adotam esse modelo, refuta a afirmação de que os legisladores são incapazes de abordar tais questões de forma responsável, como também os resultados liberais desses procedimentos lançam dúvidas sobre a antiga tese de que as maiorias populares nunca apoiam direitos de minorias. (WALDRON, 2006)

Levando-se em consideração os Estados Unidos, o povo e os legisladores até podem discutir esses assuntos se quiserem, mas, caso alguém não concorde com o resultado e resolva judicializar a questão, o ponto de vista que prevalecerá no final será aquele dos juízes. Nas palavras de Ronald Dworkin, defensor do *judicial review*, quanto a “questões intratáveis, controvertidas e profundas de moralidade política que filósofos, estadistas e cidadãos têm debatido há muitos séculos”, o povo e seus representantes simplesmente tem que “aceitar os pronunciamentos de uma maioria de juízes, cujas reflexões sobre essas grandes questões não são tão espetaculares”. (WALDRON, 2006)

Em esforço em distinguir o Direito e a política, valendo-se de Dworkin, em um regime democrático, é necessário fazer uma distinção entre preferências pessoais e questões de foro de princípio. Faculta-se ao judiciário o poder de intervir, e deve, sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a este poder proferir decisões que expressem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade, pois a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário. (STRECK, 2009)

Desta forma, entende Dworkin, (2005) Direito e política não se confundem, pois os juízes que decidem casos constitucionais difíceis não estão simplesmente votando suas

convicções políticas pessoais como se fossem legisladores ou delegados de uma nova assembleia constituinte.

Fundamenta-se esta distinção, primeiro, a partir da afirmação de que os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade; segundo, reconhecendo-se que a prática política admite dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política, quais sejam, argumentos de política e argumentos de princípio, estes baseados em direitos, logo, ignoram, os que entendem que o Direito e a política são a mesma coisa, que os juízes devem servir e realmente servem a suas próprias convicções políticas ao decidir o que é Direito e não a respeito da política. (DWORKIN, 2005)

Em objeção a tal prerrogativa do Judiciário, aponta-se que o *judicial review* possui duas grandes falhas; primeiramente, ele não apresenta uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente focar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. Em segundo lugar, é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, logo priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos. (WALDRON, 2006)

Porquanto, exsurge desse tipo de ação - intervenção vigorosa do Poder Judiciário no seio da sociedade – efeitos negativos, pois há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial, tendo em vista que o Judiciário não pode substituir o Legislativo. (STRECK, 2009)

Considera-se que em uma sociedade democrática e que, como a maioria das nações do mundo ocidental, que passaram por períodos de monarquia, tirania, ditadura e dominação colonial, as leis e as políticas públicas são criadas por um parlamento legitimamente eleito pelo povo, de maneira imparcial e regular, e que as instituições democráticas funcionam razoavelmente bem. (WALDRON, 2006)

Neste âmbito, reside o questionamento sobre a legitimidade democrática dos Tribunais no *judicial review* e de inúmeras decisões tidas por ativistas no exercício do *judicial review*.

**4.2 Ampliação da legitimação da Jurisdição Constitucional e a potencialização da criatividade da jurisprudência nas sociedades contemporâneas.**

Ainda que questionável a legitimidade democrática dos Tribunais no *judicial review*, reconhece-se o fenômeno da ampliação da legitimação da jurisdição constitucional para adoção de uma interpretação com eficácia aditiva e criativa em casos difíceis e sobre as razões pelas quais a criatividade da jurisprudência se tornou mais acentuada nas sociedades contemporâneas.

A produção dos direitos pelos juízes, entendida como uma postura criativa da função jurisdicional, traduz o comportamento interpretativo aditivo em casos difíceis realizado pelo Judiciário. Nesta perspectiva, questiona-se: os juízes devem exclusivamente interpretar e aplicar o direito ou estão autorizados a criar o direito?

A atividade de interpretar, ainda que de modo inconsciente, contempla certo grau de discricionariedade e, portanto, de criatividade, tendo em vista que caberia ao intérprete solucionar incertezas, completar lacunas e esclarecer ambiguidades, logo, não existiria oposição entre interpretação e criação do direito. (CAPPELLETTI, 1999)

Todavia, considerar a existência de limites à criatividade dos juízes se mostra indispensável e perpassa pelo estabelecimento de balizas à atuação do Poder Judiciário, mesmo que se reconheça que a atividade de interpretar seja acompanhada de certo juízo de discricionariedade.

Logo, existe diferença entre discricionariedade e arbitrariedade, pois existem limites à liberdade judicial que podem ser de natureza processual quanto substancial. Os limites substanciais são variáveis segundo à época e a sociedade, com exemplo, os precedentes judiciais, opiniões de juriconsultos, leis, códigos, dentre outros; sendo que tais limites vinculam o juiz, mesmo que não de modo completo e absoluto. (CAPPELLETTI, 1999)

Então, é plausível questionar em que medida a interpretação feita pelo julgador se diferencia da atividade do legislador, diante de casos difíceis e regulação vaga.

Quando o juiz está diante de preceitos vagos e não escritos de equidade, sua atividade não pode ser diferenciada da do legislador, no que diz respeito aos limites substanciais. Nesta trilha, vale-se da expressão linguística “direito judiciário”, utilizada por Jeremy Bentham, na ocasião de suas críticas à criação do direito pelo juiz, posto que identificava vícios no direito jurisprudencial, como exemplo a incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação; embora, Bentham reconhecesse que nem mesmo a completa codificação seria capaz de eliminar por completo o direito judiciário. (CAPPELLETTI, 1999)

Entretanto, mesmo ao interpretarem as leis, transformando ou criando o direito, isso não significa que os juízes são legisladores. Trata-se de mera confusão, em muitos casos, terminológica e não substancial, tendo em vista que a diferença está nos processos legislativo e jurisdicional. (CAPPELLETTI, 1999)

Desta feita, as distinções entre o processo jurisdicional e a o processo legislativo podem demonstrar que as atividades não se confundem.

O processo jurisdicional é marcado por um juiz imparcial e inerte, em contraponto com o processo legislativo; além disso, os processos possuem formas, procedimentos e estruturas diferentes. (CAPPELLETTI, 1999)

Outro aspecto consiste na eficácia retroativa das decisões; esta pode ser considerada, igualmente, uma limitação, pois entra em conflito com os valores da certeza e da previsibilidade, assim como é debilidade do direito judiciário a incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do direito.

Na mesma trilha, conceder ao Judiciário poder legislativo seria outro defeito da criatividade judiciária, tendo em vista que possui caráter não-majoritário e, portanto, antidemocrático, especialmente quando a criatividade se exerce no âmbito do controle judiciário das leis. (CAPPELLETTI, 1999)

Em contraposição a este último argumento, como objeção plausível, nota-se que as lideranças do legislativo e do executivo nunca constituem perfeito paradigma da democracia representativa, assim como, a constante mudança de membros do Judiciário permite que permaneçam as filosofias das maiorias políticas em dado país. (CAPPELLETTI, 1999)

Em outra perspectiva, pode-se conjecturar que o exercício da função jurisdicional seja democrática e, igualmente, capaz de concretizar direitos fundamentais.

Assim, argumenta-se que criatividade judiciaria permite acesso ao processo judicial de grupos (raciais, religiosos, econômicos etc.) que não teriam condições de participar do processo legislativo, portando, marginalizados. No mesmo sentido, a produção judiciaria do direito possuiria a potencialidade de ser altamente democrática e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais. (CAPPELLETTI, 1999)

Em que pese o debate teórico, percebe-se, claramente, por ora, em âmbito nacional, sensível potencialização da criatividade da jurisprudência e ampliação da Jurisdição Constitucional, inclusive, muitas vezes denominada de ativista, fenômeno evidenciado sob o paradigma do novo constitucionalismo.

Além das razões, já esposadas no tópico do neoconstitucionalismo, algumas possíveis causas, assim como efeitos do fenômeno da intensificação da criatividade jurisprudencial devem ser consideradas.

#### **4.3 Causas e efeitos da intensificação da criatividade jurisprudencial**

Como primeira causa do crescimento da criatividade da interpretação judiciária, destaca-se revolta contra o formalismo.

A citadas revoltas proporcionaram a superação do papel do juiz como mera boca inanimada da lei, ou seja, simples função de declarar o direito, admitindo-se que estão presentes no exercício das funções do juiz a responsabilidade moral, pessoal e política deste, além do que, em geral, pressupõem-se a escolha entre duas alternativas ao mesmo tempo admissíveis. (CAPPELLETTI, 1999)

Como motivação da revolta contra o formalismo e transformação do papel do direito, afirma-se o advento da denominada Sociedade do Bem-Estar. Nesta senda, a o crescimento do papel do Estado e da função legislativa amplia o papel do governo frente às suas responsabilidades, levando a esferas amplas, das chamadas “externalities”. (CAPPELLETTI, 1999)

Estas geram como consequência uma atuação mais próxima do Estado que tem o desafio de dar direção a milhões de decisões individuais, com o objetivo que se movam de acordo com certas finalidades sociais, sem, todavia, estrangular outras finalidades, como o crescimento da economia e a preservação de razoável liberdade de escolha dos cidadãos. (CAPPELLETTI, 1999)

Neste diapasão, ressalta-se que esta transformação sobre a função jurisdicional promoveu reflexos sobre os direitos sociais, legislação e o papel da Magistratura, pois os direitos sociais carecem de uma permanente atuação estatal, a fim de superar barreiras sociais e econômicas para realização de programas sociais. Logo, os juízes como ramo do Estado deveriam aceitar e acompanhar essa transformação da concepção do direito e das novas funções do Estado. (CAPPELLETTI, 1999)

Destas concepções surgem vias que permitem a atuação com maior grau de discricionariedade e criatividade por parte dos juízes.

Outrossim, o gigantismo do Poder Legislativo (intervenções cada vez maiores em assuntos e atividades) e o gigantismo do ramo administrativo (potencialmente repressivo) contribuem para o aumento da função do Poder Judiciário, posto que este não pode ignorar as transformações do mundo real. (CAPPELLETTI, 1999)

Mas, para manutenção do esquema de repartição de poderes seja alcançada, é necessário que a estrutura interna do governo seja instituída de maneira que os poderes, através de suas relações mútuas, controlem-se uns aos outros. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993)

A concessão de poderes opostos é uma tática utilizada em diversos locais, de modo que cada um dos detentores de poder, por meio de sua atuação, possa controlar os outros, num sistema de freios e contrapesos. Nessa senda, sua utilização na esfera estatal, como medida de prudência, não pode ser dispensada. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993)

Nesta perspectiva, despontam duas alternativas aos juízes em face das mencionadas transformações: permanecerem estáticos ou crescer à altura das transformações, acompanhá-las e assumir novas responsabilidades, novos poderes, em especial, processuais. (CAPPELLETTI, 1999)

Afirma Cappelletti (1999): em face do Big Business quanto do Big Government, apenas um Big Judiciary pode se erigir como guardião e contrapeso eficaz.

Ainda no âmbito destas transformações, outro ponto merece atenção, qual seja, a ampliação do catálogo de direitos fundamentais do homem, elevados ao nível constitucional, passaram a vincular o legislador ordinário.

Como consequência, a justiça constitucional das liberdades se tornou parte importante e eficaz para a expansão do fenômeno da justiça constitucional uma vez que deixam de ser declarações filosóficas para serem usadas verdadeiramente em tribunais da Europa, fato que proporciona a expansão do direito judiciário e o aumento da criatividade dos juízes. (CAPPELLETTI, 1999)

Resta evidente que a ampliação da atuação do Judiciário possui motivações explícitas nas sociedades democráticas contemporâneas. Porquanto, o modelo decisório criativo, aparentemente, invasivo de outras funções estatais, e ativista permeia a realidade de muitos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A teoria e prática do direito constitucional passaram, desde o advento da Constituição Federal de 1988, por significativas mudanças. Um novo modelo decisório, fundamentado em concepções teóricas, cujos autores, foram apelidados de neoconstitucionalistas, tornou-se evidente.

Ao mesmo tempo, a Constituição Brasileira consagrou o denominado Estado Constitucional Democrático de Direito, marcado por uma clara organização estatal, distribuição de funções governamentais, com a previsão de Poderes, limitações à atuação do Estado, participação popular e previsão de direitos fundamentais.

Em razão deste cenário, objeções plausíveis foram levantadas sobre a adequação do novo modelo decisório desenvolvido pelo Poder Judiciário, especialmente pela Supremo Tribunal Federal, ao Estado Democrático de Direito.

Como expressão clara deste novo perfil do Poder Judiciário, o denominado Ativismo Judicial, de singular dificuldade de definição, demonstrou uma postura mais robusta no exercício da jurisdição para a solução de problemas sem tratamento legislativo, ou a utilização criativa da jurisdição capaz de intervir nos demais Poderes Constituídos.

Contudo, o ativismo judicial mantém atual a reflexão sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário, o debate sobre a independência e harmonia entre os poderes e os limites de atuação dos Tribunais.

Através das reflexões declinadas neste texto, entende-se que via do ativismo judicial não é adequada a preservação das normas constitucionais idealizadas pelo constituinte e a prestigiar a democracia consolidada.

Sob o pretexto de preservação de direitos fundamentais, a criatividade do Judiciário não pode superar os próprios comandos constitucionais expressos e, ainda que na situação de ausência de regulação constitucional de determinado caso concreto, aos legitimados pela carta magna deve recair o poder e o dever de regulamentação.

Neste sentido, a própria Constituição consagra os meios de modificação de suas normas e o poder legitimado, qual seja, o Poder Legislativo, preservando-se, desta feita, a vontade popular.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ED. São Paulo: Malheiros, 2015, P. 85-91

ATIENZA, Manuel. “Curso de argumentación jurídica”, Madrid: Trotta, 2013.

\_\_\_\_\_. **Ni positivismo jurídico nineoconstitucionalismo**: una defensa del constitucionalismo postpositivista. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília. Ano 7. Nº 2. jul/dez 2014.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito Público. Bahia. Nº. 17. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. Bahia. Nº 15. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. – 1. Reimpressão. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história:** a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-come%C3%A7o-da-hist%C3%B3ria-nova-interpret%C3%A7%C3%A3o-constitucional-e-o-papel-dos-princ%C3%ADpios-no-direit-1>>. Acesso em: 11 agosto de 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo. Saraiva, 2009

\_\_\_\_\_. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial.** In: As novas Faces do Ativismo Judicial. André Fellet et alii (orgs) Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** tradução Luís Carlos Borges. 2ª ed, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. 3ªed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito.** 2012. Tese (Direito do Estado). Faculdade de Direito, USP. São Paulo. 2012.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas,** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, n. LI.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Ativismo, delegação ou estratégia?** A relação interpoderes e a judicialização no Brasil. In: CARDOSO JR., José Celso; PIRES, Roberto Rocha C. (org.) Gestão pública e desenvolvimento (vol. 6), Brasília: Ipea, 2011. Pp. 231-242

RAMOS. Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate.** Disponível em: < <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/474>> Acesso em 12 de setembro de 2016.



SÁNCHEZ, Miguel Carbonell. **El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis.**

Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3333475>> Acesso em 20 de setembro de 2016.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.**

Disponível em: <<https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmiento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 13 agosto de 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz.

**Normas constitucionais inconstitucionais.** Consultor Jurídico. Brasília. Jul/2009.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review** in The Yale Law Journal, n. 115, p. 1346-1406. Disponível em: <

[http://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron\\_core\\_of\\_the\\_case\\_against\\_judicial\\_review.pdf](http://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf)>. Acesso em: 28 de setembro de 2016.