



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

JHONATAN LORENZI SCHNEIDER

**ATIVISMO JUDICIAL E O MANEJO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
IMPLÍCITOS: DESVIRTUAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

Tubarão

2013

JHONATAN LORENZI SCHNEIDER

**ATIVISMO JUDICIAL E O MANEJO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
IMPLÍCITOS: DESVIRTUAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador temático: Esp. Edir Josias Silveira Beck

Tubarão

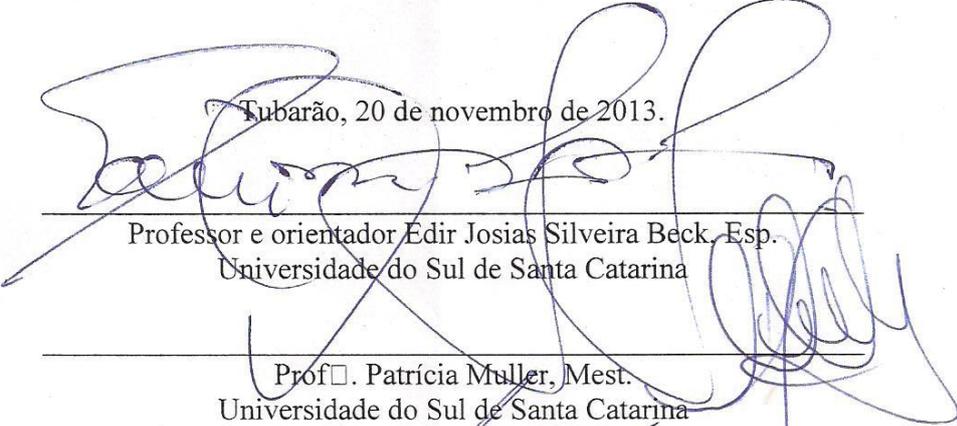
2013

JHONATAN LORENZI SCHNEIDER

**ATIVISMO JUDICIAL E O MANEJO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
IMPLÍCITOS: DESVIRTUAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 20 de novembro de 2013.



Professor e orientador Edir Josias Silveira Beck, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof^ª. Patrícia Muller, Mest.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Caio César Lopes Peiter, Mest.
Universidade do Sul de Santa Catarina

X

Esta pesquisa é dedicada àqueles que não se contentam com o superficial, com as aparências, com o discurso alheio, que buscam a verdade sem se deixar influenciar pelas palavras que de cortina servem ao cenário por trás delas.

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados pais, João Batista e Hilda, ao meu irmão Jácomo, à minha namorada Barbara, que estiveram presentes e prestaram todo apoio e carinho necessários durante esta etapa de minha formação acadêmica.

Aos meus amigos e colegas, em especial Eduardo, Joana, Morgana e Paulo, com quem compartilhei ótimos momentos tanto de concentração quanto de descontração ao longo deste curso.

Ao professor e orientador Edir Josias Silveira Beck, pela inspiração no amadurecimento dos meus conhecimentos e pelas lições de ética e profissionalismo que sempre levarei comigo.

A Deus, sem o qual nada disto seria possível.

E, por fim, a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho, meus sinceros agradecimentos!

“Sed quis custodiet ipsos custodies?” (Iuvenalis, séc. I)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo fazer considerações acerca do ativismo judicial e do manejo dos princípios constitucionais implícitos, buscando uma maior elucidação do tema, bem como soluções ou alternativas para melhor apreciar tais questões. Trata-se de pesquisa exploratória, cujo método de abordagem utilizado foi o dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica a livros, artigos e jurisprudências. Como resultado da pesquisa tem-se que o ativismo judicial quando utilizado para o fim de atribuir à norma sentido diverso do expresso ou para, por meio da jurisdição, criá-la, invade a competência do Poder Legislativo e traz insegurança jurídica, em especial quando para tanto se interpreta a Constituição de modo a reconhecer princípios ditos implícitos, manejando-os para fundamentar decisões de matéria política com conteúdo ideológico do próprio julgador. Concluiu-se então que a prática do ativismo judicial que culmine na criação de norma ou atribuição de significado diferente a texto expresso deve ser evitado, respeitando-se a divisão dos Poderes e, portanto, deixando aos cidadãos, ou aos seus representantes eleitos, a tarefa de ajustar a norma positiva à realidade fática e os anseios populares.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Princípios implícitos. Hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

This monograph is intended to make considerations about the judicial activism and the management of implicit constitutional principles, looking for a further elucidation of the subject, as well as solutions or alternatives to better appreciate such issues. This is an exploratory research, whose method of approach used was deductive, by searching in books , articles and case law. As result of the research we have that the judicial activism when used for the purpose of assigning a different meaning to the express norm or, by jurisdiction, create it, invades the Powers of the legislative branch and brings legal insecurity, especially when to reach this one interprets the Constitution to recognize principles said implicit, handling it to make base of decisions of political content on the own judge ideologies. Then it was concluded that the practice of judicial activism culminating in the creation of norm or assigning different meaning to text expressed should be avoided, respecting the division of Powers and therefore leaving for citizens or their elected representatives, the task of adjusting the norm positively to objective reality and popular aspirations.

Keywords: Judicial activism. Implicit principles. Juridical hermeneutics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DOS PROBLEMAS	10
1.2 JUSTIFICATIVA	10
1.3 OBJETIVOS	11
1.5.1 Geral	11
1.5.2 Específicos	11
1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS	12
1.5 HIPÓTESE	12
1.6 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	13
1.7 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS.....	13
2 DEMOCRACIA, DIVISÃO DOS PODERES E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA:	
ASPECTOS GERAIS	15
2.1 DO ESTADO	15
2.2 DA ORDEM JURÍDICA	17
2.3 DA DEMOCRACIA	18
2.4 DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA	20
2.4.1 Do Poder Judiciário	23
2.5 DA DIVISÃO DOS PODERES	25
3 HERMENÊUTICA JURÍDICA	28
3.1 PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS: DIFERENÇAS BÁSICAS	28
3.2 DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA	30
3.2.1 Interpretação autêntica	30
3.2.2 Interpretação não autêntica	31
3.3 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL	32
3.3.1 Planos de análise da interpretação constitucional	33
3.3.1.1 Plano dogmático	34
3.3.1.2 Plano teórico ou metodológico	34
3.3.1.3 Plano da justificação política ou legitimação democrática	35
3.3.1.4 Interpretação constitucional como concretização construtiva	35
3.3.2 Elementos e princípios orientadores	36
3.3.2.1 Elementos de interpretação jurídica	37
3.3.2.2 Princípios constitucionais de interpretação jurídica	39
4. ATIVISMO JUDICIAL	43
4.1 ORIGEM HISTÓRICA	43

4.2 ATIVISMO JUDICIAL: APLICAÇÃO PRÁTICA	46
5. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS	55
5.1 PRINCÍPIO IMPLÍCITO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	55
5.2 PRINCÍPIO IMPLÍCITO DO DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE	58
5.3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA INSIGNIFICÂNCIA	61
6. CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS	67

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial e o manejo dos princípios constitucionais implícitos é assunto atual e de grande relevância no cenário jurídico brasileiro, uma vez que demonstra uma hipertrofia do Poder Judiciário que, por sua vez, toma decisões de conteúdo político cuja resolução caberia ao Poder Legislativo, reconhecendo para tanto, em determinados casos, princípios constitucionais ditos implícitos. Dentro desta perspectiva, o presente estudo monográfico analisará a legitimidade do Poder Judiciário para decidir tais questões, os fundamentos de reconhecimento dos princípios implícitos e as possíveis consequências dessa atividade para o ordenamento jurídico pátrio.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Trata-se de um estudo cuja base será o texto expresso da Constituição da República Federativa do Brasil e a atividade interpretativa e jurisdicional dos Tribunais brasileiros, em especial, o Supremo Tribunal Federal, no exercício do ativismo judicial e no manejo dos princípios constitucionais implícitos.

Diante de tais questões, foram formulados os seguintes problemas: Qual o limite legal da liberdade decisória dos magistrados frente a questões de direito constitucional, ainda que de matéria política? O ativismo judicial é uma ofensa à tripartição dos Poderes? Quais as possíveis consequências negativas no manejo de princípios constitucionais implícitos? Qual seria a melhor alternativa ao ativismo judicial?

1.2 JUSTIFICATIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possibilitou uma maior liberdade dos magistrados acerca de temas onde a legislação é omissa ou insuficientemente clara, podendo, em alguns casos, tais questões serem decididas de forma que os efeitos do comando judicial afetem não só os litigantes, mas toda uma coletividade.

Há um alto grau de intervenção do Poder Judiciário na esfera legislativa quando da edição de súmulas vinculantes, decisões com efeitos *erga omnes*, ou mesmo *writs* que criem precedentes que porventura influenciem nas decisões de outros magistrados onde há certa “lacuna” na lei.

Visões políticas ou questões de opinião pessoal, nem sempre devidamente afastadas de modo a se criar a esperada imparcialidade do julgador, acometem frequentemente as decisões judiciais, por vezes deturpando a letra da lei, relativizando princípios, ou maximizando garantias, conforme o que entende o seu redator, nem sempre observando os preceitos legais expressamente determinados.

Em razão dos reflexos na sociedade do ativismo judicial e do manejo dos princípios constitucionais implícitos se deu a escolha do presente tema, que persegue não só uma maior elucidação relativa ao tema citado, mas também busca apresentar soluções ou alternativas para, respeitando o Estado Democrático de Direito, melhor apreciar tais questões.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Geral

Fazer considerações acerca do ativismo judicial e do manejo dos princípios constitucionais implícitos, buscando uma maior elucidação do tema, bem como soluções ou alternativas para melhor apreciar tais questões.

1.3.2 Específicos

Explicar a importância da tripartição dos Poderes em uma sociedade democrática.

Elucidar o significado de ativismo judicial.

Analisar as formas de hermenêutica jurídica e apontar as utilizadas no ativismo judicial.

Informar os meios de exercício do ativismo judicial no controle de constitucionalidade.

Analisar a interferência do Poder Judiciário no Poder Legislativo quando da edição de decisões que possuem força de lei e afetam uma coletividade.

Buscar a melhor alternativa para solução de temas carecedores de suporte legal específico.

Exemplificar as descobertas jurisprudenciais de princípios não expressamente previstos na Constituição Federal de 1988.

Descrever o surgimento e fundamentos de alguns princípios constitucionais implícitos.

Discorrer acerca dos possíveis reflexos, na sociedade e na lei, dos hibridismos principiológicos que resultam no reconhecimento de princípios constitucionais implícitos.

1.4 CONCEITOS OPERACIONAIS

Ativismo Judicial. Aspecto proativo do Poder Judiciário que imiscuí de modo expressivo e constante as decisões oriundas dos Poderes Legislativo e Executivo, a partir das visões pessoais do interprete.

Autocontenção Judicial. Postura onde o Poder Judiciário age de forma a evitar interferências nas decisões e atos dos demais Poderes.

Princípios Constitucionais Implícitos. Segundo Cunha Júnior (2008), os princípios "permitem o balanceamento de valores e interesses de acordo com o caso concreto".

Outrossim, os princípios constitucionais implícitos tratam-se de princípios que não encontram correspondência expressa na Constituição da República Federativa do Brasil, sendo formados a partir da intersecção de dispositivos constitucionais por meio de construção lógico-indutiva.

Atividade Jurisdicional. É a atividade pública, realizada pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, como forma de resposta a provocação feita por particulares ou por uma coletividade, a fim de dirimir conflitos e prestar tutelas jurisdicionais dentro dos limites estabelecidos em lei.

Hermenêutica Jurídica. A hermenêutica é um ramo científico-filosófico voltado à interpretação de textos que, quando usado na área do Direito, é chamado de hermenêutica jurídica. Integra o processo de formação da decisão judicial.

Direito Alternativo. Segundo Andrade (2008), o direito alternativo é: "uma 'abordagem' antidogmática no estudo do direito; ou, então, uma nova 'concepção teórica' do próprio direito; quem sabe, um conceito alternativo de 'ciência'".

1.5 HIPÓTESE

Limitar a liberdade decisória, praticada pelos magistrados na esfera constitucional, acerca de temas carecedores de suporte legal claro e específico, de modo a respeitar a tripartição dos poderes, refreando, assim, o manejo da letra legal à vontade dos aplicadores do direito, mantendo com o Poder Legislativo a responsabilidade de adequação das leis à vontade

popular por meio de uma Democracia mais participativa, onde questões de maior relevância fossem submetidas à decisão da população.

1.6 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Foi utilizado na elaboração deste trabalho monográfico o método de abordagem dedutivo, uma vez que se parte de uma análise geral acerca do tema ativismo judicial sob uma ótica constitucional, procurando-se chegar a uma conclusão específica quanto à legitimidade da intervenção judicial em área legislativa por meio do reconhecimento de princípios constitucionais implícitos.

No que toca o tipo de pesquisa, foi de nível exploratório, buscando proporcionar maior familiaridade com o objeto do estudo. (LEONEL; MOTTA, 2007, p.100)

O procedimento de coleta de dados realizado foi o bibliográfico, visto que a pesquisa baseou-se em livros, artigos e jurisprudências.

1.7 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

Para melhor compreensão do leitor acerca do estudo, este será subdividido em seis capítulos, quais sejam, Introdução; Democracia, divisão dos poderes e representação política: aspectos gerais; Hermenêutica jurídica; Ativismo judicial; Dos princípios constitucionais implícitos; e Conclusão.

O primeiro capítulo trará as noções introdutórias do trabalho, tais como delimitação do tema, justificativa, metodologia, objetivos e estrutura dos capítulos. O segundo capítulo abrangerá noções gerais acerca do Estado, da democracia, da divisão dos poderes, da ordem jurídica e da representação política. No terceiro capítulo será tratado sobre a hermenêutica jurídica, trazendo-se noções básicas de norma, princípio e lei, abordando os planos de interpretação da norma e, após, os planos de análise da interpretação constitucional, relacionando, ao fim, os elementos e princípios orientadores da atividade hermenêutica. O quarto capítulo apresentará breve introdução quanto à origem histórica do ativismo judicial, tratando, após, sobre o conceito de ativismo judicial e como este é praticado no Brasil, fazendo elucidações e críticas sobre o tema. O quinto capítulo trará três exemplos de princípios constitucionais implícitos, quais sejam: o do direito a busca da felicidade, o do mínimo existencial e o da insignificância, discorrendo sobre os fundamentos de seu reconhecimento e tecendo comentários quanto às suas possíveis consequências. Por fim, no

sexto capítulo, será apresentado o resultado do desenvolvimento do trabalho, com as conclusões referentes ao ativismo judicial e sua prática no Brasil, dando atenção ao manejo dos princípios constitucionais implícitos.

2. DEMOCRACIA, DIVISÃO DOS PODERES E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA: ASPECTOS GERAIS

Neste capítulo o presente trabalho apresentará uma breve introdução à formação do Estado e surgimento da democracia, aprofundando-se na questão da ordem jurídica e, em sequência, abordará as formas de representação política e a divisão dos poderes.

Abranger-se-á, portanto, as diversas formas de representação política na democracia, com atenção à praticada no Estado brasileiro. Ademais, será analisada a forma de ingresso nas três esferas de poder e a legitimidade política para exercício das funções dos seus respectivos membros.

2.1 DO ESTADO

O homem na gênese das sociedades apresentou a necessidade de minimamente se organizar a fim de buscar proteção e auxílio de seus congêneres. Tal necessidade revelou-se diante da notória impossibilidade de sobrevivência e desenvolvimento do ser humano de forma individual. Os grupos que daí surgiram evoluíram, dividindo-se ou unindo-se para formação das sociedades atuais.

A evolução histórica do Estado pode ser compreendida em cinco fases, quais sejam o Estado Antigo, marcado pela natureza unitária e a religiosidade; o Estado Grego, caracterizado pelas cidades-Estado (polis); o Estado Romano, onde já havia participação do povo no governo, ainda que o conceito de povo se restringisse aos membros de algumas famílias; o Estado Medieval, que teve como principais características o cristianismo, as invasões dos bárbaros e o feudalismo, onde ocorreu um retrocesso na evolução política; e o Estado Moderno, surgido das deficiências encontradas no Estado Medieval, que trouxe a ideia de um ente soberano, que evoluiu até a sociedade atual, cuja soberania é exercida por um poder emanado do povo. (DALLARI, 2012)

As características, objetivos e constituição do Estado, conforme definido por Silva citando Pallieri, são:

Estado é, na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a ideia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades. (2003, p. 97 e 98, grifo do autor)

O termo Estado, conforme Cicco e Gonzaga, “advém do substantivo latino *status*, relaciona-se com o verbo *stare*, que significa *estar firme*” (2012, p.47). A formação de tal ente, que já em seu nome determina seu objetivo bruto, se deu em consequência da contínua interação humana, formadora da sociedade, que desenvolveu, ao longo da história, consciência política, vindo na possibilidade de união paralela sob uma mesma bandeira, vantagens comuns aos integrantes do chamado Estado.

Tal fenômeno ocorreu por necessidade, consoante expõe Rousseau:

[...] como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo (2013, p. 09)

Daí decorreu a formação de um ente virtual que, conduzido pela associação de seu povo, prima pelos interesses coletivos, impondo limites individuais com restrições e direitos, o que é mais bem exemplificado nas palavras de Rousseau: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo.” (2013, p. 10).

Assim, o contrato tácito existente entre o Corpo político soberano e seus representados perdura enquanto aquele mantém a ordem, fiscalizando direitos e impondo limites, intervindo quando necessário, sob pena de que estes retomem daquele o poder concedido, retornando o indivíduo ao estado natural, buscando as soluções que melhor atendam suas próprias necessidades, ainda que em detrimento aos demais.

Esse corpo político formado, quando age ativamente, é chamado de soberano, e quando ocorre passivamente, como na democracia, é chamado de Estado, conforme observa Rousseau (2013, p.10). Em uma definição mais abrangente, o Estado, segundo Cicco e Gonzaga, pode ser considerado como:

Uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção. (2012, p. 47)

E, dentre suas atribuições, o Estado deve intermediar os conflitos de interesse entre seus cidadãos, buscando a solução mais justa aplicável ao caso, visto que a este é conferido a responsabilidade pela manutenção da ordem, eis que, não a mantendo, pode ter seu poder novamente fragmentado entre os membros da sociedade, que o aplicará da forma mais conveniente aos seus interesses.

No Brasil, a forma de Estado adotada é o Estado Federal, assumida em 1889 com a proclamação da República que tem por base a união de coletividades políticas autônomas sob uma mesma ordem jurídica e política. (SILVA, 2003)

2.2 DA ORDEM JURÍDICA

Havendo um ente político maior que rege a sociedade, a construção de uma instituição de normas de convívio entre a população deste Estado torna-se essencial para que haja uma ordem social, oferecendo-se assim segurança coletiva que, por sua vez, é um pilar de sustentação da democracia, sem o qual não haveria impedimento ao uso da força privada ou de outros meios de coação não estatais, indiscriminadamente, entre seus respectivos cidadãos, retornando estes à autotutela de seus direitos.

Assim, cria-se uma ordem, onde há um sistema de normas que possui o mesmo fundamento de validade, qual seja uma norma fundamental precedendo as demais. As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana. (KELSEN, 2012)

A ordem jurídica está integrada ao Estado, compondo a parcela do poder que aplica e regula a intervenção deste nas questões sociais, o que só é possível por meio do monopólio de coação, por ela organizado. Nas palavras de Kelsen:

Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se de segurança coletiva. (2012, p. 40)

Vale destacar que o monopólio da coação que em um Estado democrático é regido pela ordem jurídica não se refere apenas à coação física, mas sim às mais diversas formas de coação que possam ser empregadas entre indivíduos da sociedade para buscar vantagens indevidas, tais como o uso do poderio econômico ou influência política.

Esta atividade encontra justificativa na necessidade da manutenção da ordem social entre os membros da população que estão submetidos ao Estado, bem como a limitação do poder deste sobre aqueles.

Dallari afirma que, examinando-se as características do poder do Estado, sua formação e modo de funcionamento, não se pode admiti-lo como estritamente político, bem como não se pode sustentar como um poder exclusivamente jurídico, e completa:

A observação de qualquer sociedade humana revela sempre, mesmo nas formas mais rudimentares, a presença de uma ordem jurídica e de um poder. Organizar-se,

portanto, é constituir-se com um poder, diz Reale, assinalando que, assim, como não há organização sem presença do direito, não há *poder* que não seja *jurídico*, ou seja, não há poder insuscetível de qualificação jurídica. Isso não quer dizer que o poder esteja totalmente situado no âmbito do direito, pois na verdade o poder nunca deixa de ser substancialmente político. (2012, p.117, grifo do autor)

Assim, é evidente que a estruturação da ordem jurídica se dá no âmbito político que, representando os interesses do povo, legisla determinando as situações onde haverá intervenções, a forma de resolução das lides, bem como as regras e as exceções que na prática deverão ser observadas na aplicação do direito pela ordem jurídica.

Quanto à aplicação da ordem jurídica pelos órgãos do Poder Judiciário, Silva ressalta:

Os conflitos de interesse são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em *ordens gerais e abstratas*, que são *ordens legais*, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles, pois está praticamente abandonado o sistema de composição de lides com base em *ordem singular erigida especialmente para solucionar determinado conflito*. (2003, p.550, grifo nosso).

Um ponto a ser destacado é o regime de exceção que pode ser porventura criado para apreciação de determinada querela, o que não condiz com o já apresentado sobre a ordem jurídica, onde o ponto predominante é uma justiça equânime.

Em uma sociedade o direito se aplica de forma igualitária a todos, consoante ao que Dallari afirma, “o verdadeiro sentido de *poder* ou *dominação estatal* não é o de que uns homens estão submetidos a outros, mas sim o de que todos os homens estão submetidos às normas” (2012, p.116).

A existência de tais normas, como ponto comum de equilíbrio entre as vontades dos cidadãos, não é estática, havendo modificações para acompanhar o desenvolvimento da sociedade, estas de responsabilidade do poder político, que as altera para o fim de regular sua aplicação pela ordem jurídica.

2.3 DA DEMOCRACIA

A democracia é uma espécie de regime político onde o governo é exercido pelo e para o povo. Nas palavras de Benasse:

Regime político originalmente criado em Atenas, no século IV a.C., e defendido por Platão e Aristóteles. Funda-se na autodeterminação e soberania do povo que, por sua maioria em sufrágio universal, escolhe livremente os seus governantes e seus delegados às câmaras legislativas, as quais juntamente com os membros do Poder Judiciário, formam os três poderes institucionais, autônomos e harmônicos entre si [...] (2000, p. 141)

Ainda, na concepção de Silva, pode-se admitir que “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo” (2003, p.126).

Todas as ações do Estado democrático, tanto na esfera política quanto na jurídica, são legitimadas pelo poder que emana do povo, visto que sua soberania nada mais é que o poder individual de cada cidadão transferido para outros que indiretamente representam seus interesses e aplicam de forma conjunta e difusa, interna e externamente tal poder.

Dallari afirma que o poder é o próprio Estado, dizendo:

[...] no Estado, o poder se reveste de características que não são encontradas em outro lugar, a saber: seu modo de enraizamento no grupo lhe dá uma originalidade que repercute na situação dos governantes e sua finalidade o liberta da arbitrariedade das vontades individuais; seu exercício, enfim, obedece a regras que limitam seu perigo (2012, p. 113).

Entretanto, o poder existe ainda que inexista o Estado; todavia, este não existe sem que haja aquele. Assim, o poder dado ao Estado deve, em contrapartida, ser revertido em prol do povo, assegurando que sejam atendidos seus interesses, daí porque o poder político do Estado, em particular o brasileiro, é exercido pelos e para os cidadãos, observando-se os parâmetros basilares da democracia.

A democracia trata-se, conforme é revelado pela própria etimologia do termo, de um “governo do povo”. O Estado democrático, nascido das lutas contra o absolutismo, perdura até hoje, ainda que desacreditado em sua gênese, conforme se observa nas palavras de Rousseau, que afirma que “se houvesse um povo de deuses ele se governaria democraticamente. Tão perfeito governo não convém aos homens.” (2013, p. 33).

No entanto, o ideal democrático desenvolveu-se ao longo do tempo, tornando possível tal forma de governo, dando-se atualmente por meio da representação política, onde determinadas pessoas, por meio do sufrágio, são escolhidas pela população com direito ao voto para, no exercício de suas funções, representar seus interesses perante os demais eleitos para tal encargo. Conforme raciocínio de Bonavides:

Só a presença do braço popular faz a verdade representativa do poder e a legitimidade do sistema político. O princípio democrático outra coisa não é, do ponto de vista político, senão a ingerência dos governados na obra de governo ou na organização de um sufrágio que faça essa ingerência mediante canais representativos (2012, p. 338)

Bonavides comenta também acerca da interação do povo com a realidade política do País, dizendo que “O povo, fonte constitucional do poder, entra formalmente nas cartas

políticas do País desde 16 de julho de 1934, quando se decretou e promulgou a constituição que introduziu o Estado social brasileiro.” (2012, p. 336 e 337), completando adiante:

[...] a Constituição do Estado Novo logo em seu primeiro artigo também afirmava que o poder político emana do povo e em nome dele se exerce “no interesse de seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”. (2012, p. 337)

Assim, o poder do povo fica delegado a alguns, que legitimados em suas funções, exercem o mandato com independência, desvinculado da opinião política dos seus eleitores, consoante ao que Dallari afirma:

- a) O mandatário, apesar de eleito por uma parte do povo, expressa a vontade de todo o povo, ou, pelo menos, de toda a circunscrição eleitoral onde foi candidato, podendo tomar decisões em nome de todos os cidadãos da circunscrição, ou mesmo de todo o povo do Estado se tiver sido eleito para um órgão de governo do Estado.
[...]
- c) O mandatário, não obstante decidir em nome do povo, tem absoluta autonomia e independência, não havendo necessidade de ratificação das decisões, além do que as decisões obrigam mesmo os eleitores que se oponham a elas. (2012, p.160)

No Brasil, nos termos do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, mais que um Estado Democrático, tem-se um Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988), que conforme Silva:

[...] reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. (2003, p. 112, grifo do autor)

No que toca ao Estado de Direito, Bonavides afirma:

Quanto ao Estado de Direito, não é forma de Estado nem forma de governo. Trata-se de um *status quo* institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais. (2012, p. 326, grifo do autor)

Importante ressaltar que a palavra “democrático” caracteriza o Estado, e não o direito, sendo que esta questão formal irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, conseqüentemente, também sobre a ordem jurídica. (SILVA, 2003)

2.4 DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Para Bonavides (2012, p. 281), o princípio representativo parte da ideia de Montesquieu de que o povo, conforme observado pela história dos atenienses e romanos, nunca deu provas de aptidão para governar sozinho e diretamente, e comenta sobre este dizendo que:

Excelente para escolher, admirável para averiguar capacidades, competente para aferir merecimentos, quase inigualável no instinto de seleção, instruindo-se em praça pública com mais largueza e proveito que o monarca nos palácios, esse mesmo povo é, todavia, segundo Montesquieu, reconhecidamente incapaz de governar, gerir um assunto, conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos propícios. (2012, p. 281)

Daí porque a democracia, ainda que seja um “governo de todos”, necessita de indivíduos específicos para reger os poderes em nome do povo. Silva afirma que há três tipos de democracia, diferenciadas pela forma de participação do povo, quais sejam a direta, a indireta ou representativa e a semidireta. (2003, p. 136)

A democracia direta seria exercida pelo próprio povo, que faria as leis, governaria e julgaria as querelas. A democracia semidireta é semelhante a representativa, que será tratada abaixo, mas com a diferença de que haveria participação direta do povo em algumas funções governamentais. (SILVA, 2003)

A democracia representativa ou indireta é prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil na primeira parte do parágrafo único de seu artigo primeiro que diz que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.” (BRASIL, 1988)

As formas diretas de exercício do poder tratam-se, consoante previsto na Constituição brasileira, da iniciativa popular (artigo 14, inciso III), pela qual o povo pode apresentar projetos de lei ao legislativo se cumpridos os requisitos; o referendo (artigo 14, inciso II), que é uma consulta ao povo após aprovação de certa lei; o plebiscito (artigo 14, inciso I), que submete à vontade popular textos de projetos de lei ou emendas à constituição; e a ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII), que visa anular ato lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ou ao patrimônio público, histórico, cultural, e de entidade que o Estado participe. (BRASIL, 1988)

Silva também colaciona outras formas de participação direta, dizendo que “A constituição adotou outras formas de democracia participativa, como as consagradas nos arts. 10, 11, 31, §3º, 37, §3º, 74, §2º, 194, VII, 206, VI, 216, §1º.” (2003, p. 142)

Já a democracia representativa apresenta uma forma de participação indireta do povo nos atos do governo, visto que elegem representantes para tratar de seus interesses. Silva afirma que:

A democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos etc., como constam dos arts. 14 a 17 da Constituição [...]

Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos *representantes do povo*. (2003, p.137, grifo do autor)

A forma de escolha de representantes políticos pode dar-se por meio de três sistemas eleitorais, quais sejam o proporcional, o majoritário e o sistema distrital, este último se dividindo em puro e misto.

O sistema distrital, utilizado em países como França e Alemanha, consiste na divisão do eleitorado em distritos, extraindo-se de cada distrito um candidato vencedor. Conforme expõe Cicco e Gonzaga:

O sistema eleitoral distrital puro divide o eleitorado em um número de distritos equivalente ao de cadeiras no legislativo. Os partidos apresentam seus candidatos e ganhará o mais votado em cada distrito. A condição básica para dividir o mapa é que cada área tenha um número equivalente de eleitores. Os distritos podem abranger vários municípios pequenos ou grandes municípios e serão divididos em vários distritos. (2012, p. 107)

Já no sistema distrital misto, apenas metade das vagas no legislativo são preenchidas pelos candidatos eleitos pelo voto distrital, enquanto a outra metade é composta por candidatos apontados pelos partidos. No que toca ao assunto Cicco e Gonzaga afirmam:

Os nomes e a ordem de preferência na relação são definidos nas convenções de cada partido. Quanto mais votos de legenda um partido tiver, mais vagas ele poderá preencher com os candidatos eleitos pelos distritos. Se (os votos) forem insuficientes para preencher todas as vagas, são convocados os que estiverem na lista (2012, p. 107)

Os sistemas majoritário e proporcional são adotados no Brasil para eleição dos chefes do Poder Executivo e Senadores, no primeiro caso, e para eleição de Deputados Federais, Estaduais e Vereadores, no segundo caso.

Para Cicco e Gonzaga o sistema proporcional consiste “em cada partido eleger o número de representantes de acordo com sua força eleitoral. Essa força é medida pelo chamado *quociente eleitoral*, dividindo-se o número de votos válidos pelo número de lugares (“cadeiras”) a preencher no Legislativo.” (2012, p. 106)

Por sua vez, o sistema eleitoral majoritário consiste na eleição do candidato com maior número de votos em um ou dois turnos, conforme observa Cicco e Gonzaga:

O sistema eleitoral majoritário é o mais utilizado no Brasil. Consiste na representação, em um determinado território, ao candidato que obtiver a maioria (absoluta ou relativa) de votos.

Em nosso País a escolha dos chefes do Poder Executivo (Presidente e vice, Governador e vice e Prefeito e vice) é feita pelo *sistema majoritário por maioria absoluta*, em um ou dois turnos se necessário (art. 29, II, da CF/1988). Já a escolha dos senadores federais segue o *sistema majoritário por maioria simples* (art. 28 da CF/1988). (2012, p. 107, grifo do autor)

Entretanto, cumpre salientar, ainda que o sistema democrático preveja uma forma de representação dos governados pelos governantes, para que seja exercido o poder advindo daqueles, tal escolha de representação se dá apenas para duas esferas do Poder, quais sejam o Executivo e o Legislativo, onde seus mandatários são submetidos a uma prévia seleção ocorrida por meio do voto, fato este que não ocorre para os que exercem a atividade jurisdicional.

2.4.1 Do Poder Judiciário

No que tange ao ingresso na carreira de juiz e, conseqüentemente, no Poder Judiciário, extrai-se do artigo 93, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (BRASIL, 1988)

De modo diverso, em alguns países já foi adotado, e alguns ainda adotam, o sistema de eleição para juiz, como é o caso de alguns estados-membros dos Estados Unidos da América, que no início do século XIX contava com eleições para juiz na maior parte do país, sendo esta democracia no Judiciário substituída aos poucos por uma meritocracia por indicação, consoante afirma Philips:

During the 19th century, the majority of states elected judges. The turn of the century saw calls for reform in judicial selection because of the way it was controlled by political party machines in some parts of the country, notably New York. Judges were rewarded for political party service, which critics of judicial selection processes saw as hindering their impartiality and contributing to their corruption.¹ (1998, p. 15)

¹ Tradução: Durante o século XIX, a maioria dos estados elegia juízes. A virada do século viu chamadas por reformas na seleção judicial em razão do jeito que esta era controlada por máquinas de partidos políticos em algumas partes do país, notavelmente Nova York. Juízes eram recompensados por serviços a partidos políticos, que os críticos do processo de seleção judicial viram como impedimento a sua imparcialidade e contribuição a sua corrupção.

Ainda segundo a autora, tal mudança foi introduzida no estado do Missouri, sendo distinguida do modo anterior por três características, quais sejam: a de os candidatos serem selecionados por uma comissão de leigos e advogados; a seleção ocorrer por indicação; e o mandato ser dado por voto do eleitorado, que periodicamente vota pela continuidade ou não deste. Assim o sistema de eleição dos membros do Poder Judiciário tornou-se híbrida, contando com nomeações submetidas ao voto popular. (PHILIPS, 1998)

Este sistema desenvolveu-se até um sistema de seleção por mérito onde a escolha dava-se pelo governador do estado-membro, a partir de uma lista de pelo menos três indicações confeccionada por uma comissão formada por 3 advogados, cinco leigos e o chefe de Justiça da Suprema Corte do estado-membro, os primeiros indicados por um conselho político e pelo governador com consentimento do Senado, e os leigos indicados pelo governador contando igualmente com o consentimento do senado, conforme Philips:

Three attorneys were to be nominated by the State Bar of Arizona Board of Governors and appointed by the governor of Arizona, with advice and consent of the Senate. Five laypeople (nonattorneys) were to be appointed by the governor with advice and consent of the Senate. Both commissions were to be chaired by the chief of justice of the Arizona State Supreme Court, who was to vote only in tie votes. [...] For each available position, the commission was to submit to the governor at least three nominations, and then the governor was to choose one person from among those nominated.² (1998, p. 17)

Assim, nos Estados Unidos da América tal sistema hoje adotado na maior parte do país apresentou uma meritocracia para ingresso no Poder Judiciário, ainda que não completamente desvinculado do sistema democrático, visto que o preenchimento da vaga é condicionado à escolha de candidato por político democraticamente eleito, o governador do respectivo estado-membro.

Não se pode olvidar que mesmo não sendo escolhidos pelo povo, os membros do Poder Judiciário brasileiro tem meios de invalidar decisões tomadas por aqueles legitimados por meio do voto para tomarem decisões. Acerca do assunto diz Barroso:

Os membros do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pelo batismo da vontade popular. O mesmo não se passa com os membros do Poder Judiciário, cuja investidura se dá, como regra geral, por critérios essencialmente técnicos, sem eleição popular. A atividade criativa do Judiciário e, sobretudo, sua competência para invalidar atos dos

² Tradução: Três advogados eram nomeados pelo quadro de governo do estado do Arizona e indicados pelo governador do Arizona, com recomendação e consentimento do Senado. Cinco leigos (não advogados) eram para ser indicados pelo governador com recomendação e consentimento do Senado. Ambas comissões eram presididas pelo chefe de justiça da Suprema Corte do estado do Arizona, que era pra votar apenas em caso de empate. [...] Para cada posição disponível, a comissão deveria submeter ao governador ao menos três nomeações, e então o governador deveria escolher uma pessoa entre estes nomeados.

outros Poderes, devem ser confrontadas com o argumento da falta de justo título democrático. (2012, p. 309)

Fica claro, portanto, que não obstante a forma de escolha dos integrantes dos Poderes em que se subdivide o Estado seja, de regra, a representação por meio do sufrágio, o Poder Judiciário é composto de forma diversa da democracia, mostrando-se uma meritocracia por excelência. O povo de um Estado democrático, por sua vez, ainda que não tenha escolhido os integrantes de tal Poder estatal, resta submetido às decisões que deste emanarem.

2.5 DA DIVISÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos Poderes foi criado, segundo Bonavides (2012, p. 340), como forma de resistência ao poder absoluto, sem o qual a Europa continental não tomaria consciência da necessidade de erguer um ramo autônomo do poder com função específica de elaborar leis.

O mesmo autor ainda afirma que “A doutrina do Capítulo VI do *Espírito das Leis*, inferida por Montesquieu de um juízo acerca da Constituição da Inglaterra, criou o princípio da separação de Poderes” (2012, p.45).

Já para Cunha, citando Reis, a separação dos poderes não foi aplicada a princípio na Inglaterra, dizendo:

Parece, com efeito, que a separação dos Poderes não vigeu na Inglaterra, tendo sido “pela primeira vez adotada na Constituição Estadual da Virgínia, de 1776, passando, depois, para as Constituições de quase todos os países”. É o parecer de Henoeh Reis (“O Poder Legislativo na Atual Constituição – Delegação de Poderes”, *in Justitia*, vol. 59). (1973, p. 372)

Entretanto, Montesquieu, fazendo análise da carta constitucional da Inglaterra à sua época, chegou as seguintes conclusões:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ela faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente de poder executivo do Estado. (2000, p. 167 e 168)

O autor lista os equivalentes aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário atuais, respectivamente, lhes atribuindo as funções que ainda hoje, em suma, exercem.

Tal separação dos Poderes encontra justificativa na necessidade de limitação do poder exercido por cada ente, visto que a cumulação deles torna possível o abuso do cargo para fins de cunho pessoal ou ainda ditatorial, conforme concluiu Montesquieu:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (2000, p. 168)

Para Cicco e Gonzaga, Montesquieu não trouxe a ideia de uma separação absoluta dos Poderes, dizendo que:

Cada poder não deve agir por sua própria conta, caso assim fosse, as arbitrariedades seriam inúmeras. Deste modo, Montesquieu não trata da separação e independência dos três poderes, mas sim de uma combinação entre eles, de modo a se limitarem mutuamente, formando um equilíbrio. Modernamente essa ideia é nomeada de freios e contrapesos (*checks and balances*). (2012, p. 210, grifo do autor)

Assim, o princípio da separação dos Poderes ingressou na forma de governo democrática, sendo um de seus sustentáculos, conforme Bonavides:

Estava posto, assim, pela vez primeira no Direito Constitucional, como uma de suas colunas-mestras de sustentação e reconhecimento, o clássico princípio da separação dos Poderes, do qual não se pode prescindir sem correr o risco de recair nos regimes de exceção e arbítrio. (2012, p. 45)

Consta do artigo segundo da Constituição da República Federativa do Brasil que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

A separação dos Poderes é acompanhada da distinção de funções do Poder, sendo que cada órgão exerce uma parcela dessas funções que lhe foram constitucionalmente conferidas. Há, portanto, dois critérios sobre os quais se funda a divisão dos Poderes, conforme elucida Silva:

A *divisão dos poderes* fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. (2003, p. 109, grifo do autor)

Assim, sendo conferido o Poder de legislar ao Legislativo, restaria ao Poder Judiciário aplicar as formulações abstratas daquele no plano fático, observado o texto legal, consoante ao que observa Silva:

Divididas as funções da soberania nacional por três Poderes distintos, *Legislativo, Executivo e Judiciário*, os órgãos deste (juízes e tribunais) devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo; não podem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem justiça. Salvo o *juízo de equidade*, excepcionalmente admitido, como referimos ao tratar do mandado de injunção, normalmente o juiz, no Brasil, pura e simplesmente aplica os critérios que foram editados pelo legislador. (2003, p. 551, grifo do autor)

A aplicação dos “critérios editados pelo legislador”, na forma referida, ao que parece, ao menos neste momento, seria esperável na atuação do juiz no Brasil, revelando-se como exceção a adoção de critérios de julgamento que não os explicitamente dispostos no texto legal, decidindo o magistrado de forma diversa com fundamentações de conteúdo político ou ideológico, praticando o assim chamado “ativismo judicial”.

Não é demais lembrar, também, que nas próprias casas legislativas existem as comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, que verificam a constitucionalidade e adequação dos projetos de lei ainda antes que estes sejam submetidos à deliberação quanto sua aprovação.

A carência de legitimidade do judiciário existente na prática do ativismo judicial, que por vias transversas sub-roga-se nas funções do poder legislativo, implica no abalo do sistema de “freios e contrapesos” inerente na tripartição dos poderes. Tal preocupação é observada por Bonavides:

De último, quem menos faz a lei é o legislador, e como a norma cada vez mais emerge da obra dos intérpretes, e não propriamente dos textos formais, avulta, por via hermenêutica, a função governativa, tanto expressa como implícita, das magistraturas judicantes e executivas. (2012, p. 537)

Ainda, conforme o raciocínio do autor supracitado, a formação de um direito por outras fontes, fontes estas alternativas, de aplicação privilegiada, em razão da celeridade quando comparado ao trâmite necessário no Poder Legislativo, quando menos sugere uma crise do sistema representativo na democracia direta, onde as barreiras contra a usurpação de algumas funções entre os poderes são, em essência, meramente teóricas.

3. HERMENÊUTICA JURÍDICA

Neste segundo capítulo serão primeiramente abordadas as diferenças mais relevantes entre os conceitos de princípio, norma e regra no âmbito jurídico.

Em sequência serão apresentadas as formas de interpretação jurídica relativas à fonte de onde emanam, passando-se então para a hermenêutica jurídica constitucional especificamente, tratando-se dos planos de análise da interpretação individualmente.

Por fim, relacionar-se-á os princípios aplicáveis à hermenêutica constitucional, bem como os elementos da interpretação jurídica, ressaltando as possíveis consequências da adoção de cada um destes.

3.1 PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS: DIFERENÇAS BÁSICAS

A hermenêutica trata-se de um ramo filosófico voltado à interpretação de textos; na esfera do direito é chamada de hermenêutica jurídica, sendo aplicada na interpretação dos mais diversos textos de lei. Mendes, Coelho e Branco entendem:

[...] a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido –, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas. (2000, p. 55)

Entretanto, antes de se falar de hermenêutica cumpre retomar as lições introdutórias do direito e tecer uma breve explicação sobre princípios, normas e regras, esclarecendo as principais diferenças dentre estes.

No âmbito filosófico, princípio pode ser considerado como fundamento ou justificativa da razão de ser das coisas; esta palavra deriva do latim “*principium*”, que significa, em uma acepção vulgar, fonte, início ou começo.

Princípios em uma ciência, tal como a jurídica, são proposições basilares e fundamentais que estruturam determinado ordenamento. O termo tem fundamental importância na ciência do Direito, em especial no que toca o Direito Constitucional, em razão da ideia de supremacia hierárquica desta sobre as leis, de onde os princípios extraem sua validade.

Segundo Silva, o significado de princípio para a Constituição brasileira: “... exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’”. (2003, p. 91)

Já normas, no sentido formal do termo, têm por função determinar ou facultar a pessoas ou a entidades realizar algo ou se abster de fazê-lo, conforme explica Silva:

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. (2003, p. 91, grifo do autor)

Portanto, o princípio é uma norma jurídica que comporta um “mandamento nuclear do sistema” que, por suas disposições fundamentais, irradia seu conteúdo sobre diversas normas do ordenamento jurídico, servindo de base para sua composição e parâmetro para sua compreensão.

Os princípios constitucionais, não obstante encontrarem-se positivados tal como as demais normas jurídicas, tem força vinculante sobre as normas de mesma hierarquia e inferiores.

Em sentido diverso, há doutrinadores que entendem que princípios e regras são espécies de norma, conforme Silva elucida:

Há, no entanto, quem concebe regras e princípios como espécies de norma, de modo que a distinção entre regras e princípios constitui uma distinção entre duas espécies de normas. A compreensão dessa doutrina exige conceituação precisa de normas e regras, inclusive para estabelecer distinção entre ambas, o que os expositores da doutrina não têm feito, deixando assim obscuro seu ensinamento. (2003, p. 92, grifo do autor)

No entanto, se arrisca fazer a distinção no seguinte sentido: as regras diferenciam-se dos princípios principalmente por aspectos como a exigência de condutas específicas, enquanto estes determinam objetivos genéricos; pela possibilidade de exclusão de uma regra ao conflitar com semelhante, ao passo de que o princípio que conflita com outro permite avaliações e ponderações sem necessariamente se excluírem; as regras se encaixam melhor em um conceito de validade, enquanto os princípios em um de legitimidade.

Tanto os princípios quanto as regras fazem parte de uma universalidade chamada de “norma jurídica”, no entanto, a regra é dotada de segurança jurídica, visto que restringe a subjetividade e criatividade do intérprete, ao contrário dos princípios, onde há maiores possibilidades quanto ao uso de tais recursos. (BARROSO, 2012)

Assim, os princípios são espécies de normas que possuem “mandamentos nucleares do sistema”, enquanto regras são normas-disposições, com conteúdo mais específico e direcionado. Entretanto, as regras não se equiparam a todas as normas jurídicas, visto que esta

possível equiparação cabe ao legislador, que a posiciona na hierarquia do ordenamento jurídica como norma constitucional, legal ou mesmo infralegal.

3.2 DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA

Quando da efetiva aplicação do direito no fato concreto o julgador necessita estabelecer um elo entre a disposição abstrata do texto de lei e o caso real a ser decidido, já que a lei não é feita, em regra, para situações singulares, necessitando de certo grau de generalidade para que os fatos se encaixem em sua disposição.

O elo que liga a norma abstrata ao fato concreto, possibilitando a efetiva aplicação do direito, é a interpretação, que é para Kelsen: “... uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior [da norma jurídica]” (2012, p. 387).

Nesta atividade, no que toca a fonte de onde emanam, existem duas espécies interpretativas, a autêntica e a não autêntica, a primeira praticada pelos aplicadores do direito e a segunda pela ciência jurídica, conforme ressalta Kelsen:

Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. (2012, p. 388)

Cumprido salientar que a interpretação autêntica é assim chamada por ser capaz de criar direito, visto que os atos jurídicos são, em parte, determinados pelo Direito e, em parte, por seu aplicador, em especial em relação aos pressupostos e às consequências condicionadas ao fato. (KELSEN, 2012, p. 389)

3.2.1 Interpretação autêntica

A interpretação autêntica, como citado anteriormente, é aquela utilizada pelos aplicadores do direito, que em suas atribuições realizam as atividades cognoscitivas, utilizando de seu conhecimento do Direito, em conjunto com um ato de vontade, onde se efetua uma escolha entre as possibilidades previstas em lei.

Esta atividade interpretativa somente se caracteriza no âmbito jurisdicional, conforme se extrai:

Um órgão que cria uma lei tem também competência para a interpretar, modificar, suspender ou revogar. Se depois de publicada, uma lei suscitar dúvidas acerca do seu sentido e alcance, o órgão que a publicou tem competência para lhe fixar o sentido e alcance através de uma nova lei (lei interpretativa). É a isto que se chama interpretação autêntica. (SILVA, 2007)

Entretanto há de se observar que esta liberdade interpretativa pode resultar em uma aplicação equivocada da lei, ou, diversamente, em uma usurpação da função legislativa, quando tal interpretação alternativa da lei tem efeito geral, como acontece com algumas decisões de órgãos julgadores de última instância, consoante o que afirma Kelsen:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância (2012, pp. 394 e 395, grifo nosso)

Todas as demais modalidades interpretativas, quando não utilizadas por órgão aplicador do direito, não são consideradas autênticas, visto que não possuem capacidade de criar Direito.

3.2.2 Interpretação não autêntica

Toda espécie de interpretação que não possua potencial para, por si só, criar Direito, pode ser chamada de não autêntica, mantida a princípio no campo teórico, sendo objeto de estudo da ciência jurídica.

Cumprе ressaltar que a denominação desta modalidade interpretativa, qual seja “não autêntica”, não objetiva imputar caráter de ilegitimidade ou falsidade ao produto da interpretação, apenas diferenciar daquela chamada “autêntica” que é a que resulta na criação de Direito pelos órgãos jurídicos.

No entanto, as teorias resultantes de uma interpretação não autêntica do texto de lei, criadas por particulares, podem assumir caráter autêntico quando adotada por órgãos jurisdicionais como fundamento de decisão, conforme Kelsen:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto,

ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. (2012, pp. 395 3 396)

A interpretação jurídico-científica não é utilizada em casos onde se elege uma única interpretação para o fim de atingir interesses específicos, visto que nestes casos é chamada de interpretação jurídico-política, como a exercida por advogados na defesa dos interesses de seus clientes.

O meio não autêntico de interpretação, ainda que não crie direito, é capaz de influenciar na criação deste, como anteriormente mencionado, quando os posicionamentos acerca de determinada matéria forem adotados por membros do poder judiciário em suas decisões, tornando autêntica a interpretação.

Esta prática pode ser danosa à sociedade em geral, em casos onde um grupo de pessoas não eleitas diretamente pelo povo, mas com poder de impor seu ponto de vista na atividade interpretativa, como os onze ministros que compõe o Supremo Tribunal Federal, decida por adotar uma teoria criada ao arpejo da lei.

3.3 DA HERMENÊUTICA JURÍDICA CONSTITUCIONAL

A necessidade do desenvolvimento e aplicação da hermenêutica na esfera jurídica surge para ao mesmo tempo ampliar e limitar a interpretação de textos legais, conforme o caso em questão, para suprir as inevitáveis lacunas provenientes de textos de caráter impessoal e genérico, característica comum em textos legais, que são produzidos tomando por base situações abstratas.

Ademais, visto que as possibilidades das situações abstratas são infinitas, a base de interpretação da norma para aplicação do Direito não pode sempre observar unicamente ou a vontade do legislador, quando da edição da norma – visto que este pode não ter previsto determinado fato –, ou o teor verbal do texto, que por vezes pode conter ambiguidades ou lacunas, tornando múltiplas as interpretações, sendo, portanto, necessária a análise em conjunto destes fatores, utilizando-se meios interpretativos que possibilitem a adequação do fato à norma. Neste sentido Kelsen:

Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual. Se é o caso de duas normas da mesma lei se contradizerem, então as possibilidades lógicas de aplicação jurídica já referidas encontram-se, do ponto de vista do Direito positivo, sobre um mesmo plano. É um esforço inútil querer fundamentar “juridicamente” uma, com exclusão da outra. (2012, p. 392)

Não se deve olvidar que pela adoção de alguns critérios de interpretação pode-se estar, em verdade, ao invés de aplicando o direito, criando este, como que de forma a antecipar a regular modificação legislativa, para atender os anseios sociais que, ao alvitre do julgador, o Direito positivado estaria implicitamente regulando.

O intérprete do direito, fazendo uso da hermenêutica jurídica, visa tornar explícita a aplicação do texto legal, adequando a situação genérica à de fato, conforme elucida Mendes, Coelho e Branco:

[...] o problema fundamental para o operador do direito não é a distância cronológica entre a elaboração da norma e sua aplicação, mas a distância *material* existente entre a generalidade do seu enunciado e a singularidade do caso a decidir – uma distância que alguns juristas, ao limite, consideram irreduzível –, então o trabalho do intérprete apresenta-se não apenas como uma tarefa de desocultamento ou de fixação de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como uma tentativa de mediação e de superação daquela distância real, daquele abismo que separa o geral do particular, o abstrato e o concreto. (2000, p. 55, grifo do autor)

A aplicação da hermenêutica jurídica, traduzida nos textos de decisões judiciais por meio da fundamentação interpretativa de dispositivos legais, transforma a proposição existente a princípio apenas no mundo ideal em potencial fonte de direito, criando precedentes em jurisprudência, conforme observa Barroso:

[...] o Direito contemporâneo, nos países romano-germânicos, inclusive e destacadamente no Brasil, vem atribuindo importância crescente à jurisprudência e, especialmente, à jurisprudência constitucional, que alguns autores já vêm reconhecendo como fonte formal do Direito (2012, p.72)

Assim, se torna necessária a cautela na interpretação dos textos, visto que hermenêutica não se trata de uma ciência exata, podendo ser usada para inclusive distorcer o sentido de dispositivos legais, revestindo a variação interpretativa da norma em um manto de legalidade dita implícita.

3.3.1 Planos de análise da interpretação constitucional

A constituição, por sua natureza, é responsável por ditar os parâmetros básicos para o desenvolvimento e adequação das demais leis que a ela são subordinadas, assim, portanto, a análise do texto da constituição indiretamente influi a interpretação de todo o ordenamento jurídico vigente no país.

A interpretação constitucional pode ser observada sob quatro diferentes prismas, quais sejam o do plano dogmático, plano teórico ou metodológico, o da justificação política ou legitimação democrática e o da concretização construtiva.

Ainda que possuam características próprias, os níveis de análise da interpretação constitucional se confundem na prática, se interpenetrando e se sobrepondo. (BARROSO, 2012, p. 296)

A seguir será tratado individualmente cada um dos planos de análise, ressaltando-se alguns pontos determinantes de cada.

3.3.1.1 Plano dogmático

No plano dogmático a interpretação é essencialmente jurídica, são observadas as regras de hermenêutica, os elementos de interpretação e os princípios específicos de interpretação constitucional. (BARROSO, 2012, p. 296)

As regras de hermenêutica no Brasil são as constantes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/42), em especial ao que consta nos artigos 3º, 4º e 5º, *in verbis*:

Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL, 1942)

Já os elementos de interpretação, que serão tratados de forma mais detalhada a frente, englobam, na sistematização tradicional, o histórico, o gramatical, o sistemático e o teleológico, além de figuras como os costumes e a interpretação extensiva e estrita.

Quanto aos princípios específicos de interpretação constitucional, Barroso exemplifica: "... supremacia da Constituição, da unidade, da razoabilidade e da efetividade." (2012, p. 296), sendo estes e outros, que serão tratados detalhadamente adiante, os que demandam observância quando da leitura do texto constitucional.

3.3.1.2 Plano teórico ou metodológico

O plano metodológico objetiva estudar a formação da decisão a partir de seus elementos constitutivos, incluindo a norma, a interpretação, e o fato ocorrido no mundo real. Barroso o define como:

Não se trata de filosofia da interpretação, em sua reflexão sobre si mesma e sobre a essência das coisas, mas dos diferentes métodos – “caminhos para chegar a um fim” – que procuram demonstrar a racionalidade e a adequação da argumentação desenvolvida em relação às categorias e às práticas reconhecidas pelo Direito (2012, p. 297)

Segundo a definição de Barroso (2012), as escolas do pensamento jurídico que mais influenciaram o pensamento jurídico à sua época são: o formalismo, que defendia a aplicação literal do texto legal; a reação antiformalista, que reconhecia a função criativa do juiz; o positivismo que negava a existência de um direito natural ao qual se subordinaria a legislação; e a volta aos valores, surgido na segunda metade do século XX, reconhecendo a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Este último é atualmente o centro da discussão metodológica e do pensamento pós-positivista (BARROSO, 2012)

3.3.1.3 Plano da justificação política ou da legitimação democrática

Neste prisma de análise à interpretação constitucional é que existem as maiores discussões acerca do ativismo judicial, em razão de fatores que serão explicados mais a frente de forma detalhada. Ao descrevê-lo, Barroso assevera:

O plano da justificação política lida, substancialmente, com a questão da separação dos Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. É no seu âmbito que se procuram resolver as tensões que muitas vezes se desenvolvem entre o processo político majoritário – feito de eleições, debate público, Congresso, Chefe do executivo – e a interpretação constitucional. Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes – e.g., na declaração de inconstitucionalidade – como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração das omissões constitucionais. (2012, p. 306)

Portanto, sob esta ótica são analisadas as decisões jurídicas que vão de encontro ao texto legal editado pelos legisladores, ou que contenham fundamentação de conteúdo nitidamente legislativo, tecendo relações entre estas e a legitimação democrática existente na tomada de tais decisões por membros do Poder Judiciário, vale lembrar, não eleitos pelo povo.

3.3.1.4 Interpretação constitucional como concretização construtiva

Neste plano de análise da Constituição, ressalta-se o aspecto político intrínseco em decisões onde há atuação criativa do interprete do direito, analisando-se eventual ofensa à tripartição dos Poderes, conforme explica Barroso:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente *jurídicos*, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva jurisdição constitucional, é inegavelmente *política*. Isso se deve ao fato de que o intérprete desempenha uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, mas também em razão das consequências práticas de suas decisões, que afetam o equilíbrio entre os Poderes e os deveres que lhes são impostos. (2012, p. 310, grifo do autor)

A complexidade dos casos em discussão, que para tanto são subdivididos em casos fáceis ou casos difíceis, ditam a atuação do intérprete na “construção” do direito, sendo que no primeiro caso as querelas podem ser resolvidas pelas regras de hermenêutica e interpretação, mediante subsunção, e no segundo as decisões sofrerão influência de questões de filosofia moral e política. (BARROSO, 2012, p. 310)

Segundo este plano de análise da interpretação, o sistema jurídico desempenha um papel criador e atualizador do direito, estando limitado apenas pelas possibilidades de sentido constantes nas normas jurídicas.

Assim, a interpretação constitucional configuraria uma atividade concretizadora e construtiva do direito, onde o intérprete busca atualizar o sentido das normas, produzindo o melhor resultado possível para a sociedade, conforme seu entendimento. (BARROSO, 2012, p. 311)

Frisa-se que a dita atualização do sentido das normas, e conseqüente inovação legislativa, é aqui realizada pelo Poder Judiciário, que discricionariamente classifica a validade da norma e submete esta a uma nova interpretação que altere até certo ponto seu sentido, antecipando a análise e iniciativa do Poder Legislativo na adequação da lei a realidade.

3.3.2 Elementos e princípios orientadores

Dentre as modalidades de hermenêutica jurídica geral, há a especializada no segmento constitucional, cuja interpretação se socorre de elementos tais como fundamentos e princípios que a orientam de forma geral. Para alguns, a hermenêutica constitucional extrapola os limites da argumentação puramente jurídica, consoante afirma Barroso:

De fato, além das fontes convencionais, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o intérprete constitucional deverá ter em conta considerações relacionadas à separação dos Poderes, aos valores éticos da sociedade e à moralidade política. A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política. (2012, p. 295)

Além de relacionar critérios como moralidade política e valores éticos da sociedade na interpretação da Constituição, o autor acima citado diz: “Ideias como interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição e interpretação pragmática inserem-se nessa ordem de considerações.” (2012, p.295).

Não se pode negar que, aceitando-se a adoção dos critérios acima relacionados, a atividade interpretativa busca não a extração de um significado das palavras no texto legal, mas sim uma afirmação cuja comparação com o texto legal pareça plausível e adequada ao caso; usa-se assim a redação constitucional como um degrau para chegar a certa interpretação intrínseca, e não como uma fonte de onde deriva o direito.

Portanto, tal adequação da norma aos fatos feita na esfera jurídico-interpretativa cria mutações constitucionais, exprimindo significado diverso onde a letra da lei é clara consoante o que relatam Mendes, Coelho e Branco, que defendem tal prática:

Destarte, e pelas mesmas razões, as tão criticadas *mutações constitucionais*, a que aludimos acima, poderão ser assimiladas como procedimentos heterônomos e abreviados de criação do direito, que, mediante interpretações atualizadoras levadas a cabo por tribunais a tanto legitimados, têm a virtude de regenerar o texto constitucional sem fazer apelo às revisões formais, que desgastam o prestígio da constituição. (2000, p.63, grifo do autor)

Ora, respeitada a opinião dos autores citados, não se vislumbra prestígio à constituição quando se burla o texto desta, utilizando-se de “procedimentos heterônomos e abreviados de criação do direito” para criar um atalho às alterações legislativas, cuja possibilidade também é prevista e formalizada no próprio texto da constituição.

Entretanto, deve ser dado aqui maior enfoque à interpretação autêntica dogmática, qual seja a realizada pelos membros do Poder Judiciário ao dirimir questões submetidas ao seu julgamento, conforme mencionado anteriormente, visto que a partir destas surgem as decisões onde é noticiada a prática do ativismo judicial.

3.3.2.1 Elementos de interpretação jurídica

Consoante o anteriormente dito, a interpretação dogmática da constituição é composta pela análise das regras legais de hermenêutica, constantes no Decreto-lei n. 4.657/42, pelos princípios constitucionais de interpretação e pelos elementos de interpretação jurídica.

Os elementos de interpretação jurídica são também conhecidos por métodos de interpretação, e podem ser aplicados de forma conjunta ou separada.

Na interpretação gramatical, também chamada de literal ou semântica, a análise do texto funda-se nos conceitos existentes na norma bem como nas possibilidades semânticas das palavras que compõe o texto legal. (BARROSO, 2012, p. 314)

Garcia, tratando sobre a interpretação gramatical, completa:

[...] consiste em proceder a metucioso exame de referido texto para dele extrair a precisa vontade do legislador, a *volutas legislatoris*. Fundando-se em regras de linguística, o aplicador examina cada termo do texto normativo, isolada ou sintaticamente, atendendo a pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica etc. (1996, p. 66, grifo do autor)

Assim, as possibilidades de significado das palavras que compõe o texto interpretado são a base e o limite para tal método, não podendo se buscar alternativas estranhas às palavras deste, ignorando ou distorcendo o seu sentido.

Na interpretação histórica busca-se encontrar a vontade subjetiva do legislador quando da criação da Constituição e demais emendas, associando a letra da norma ao contexto social cuja qual foi criada. Segundo Garcia é necessário, neste meio de interpretação, que se examine a “*occasio legis*” (oportunidade da lei) e a “*ratio legis*” (razão da lei). (1996, p. 67)

Tal método interpretativo possui maior aceitação nos países que adotam a *common law*, que é um ordenamento jurídico desenvolvido a partir de decisões dos tribunais, adotado em países como Inglaterra e Canadá.

A interpretação sistemática, por sua vez, busca analisar a constituição e as demais leis de forma integrada, sistemática, de forma a evitar eventuais contradições. Quanto a este elemento interpretativo Barroso assinala:

Os diferentes ramos do Direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas. A Constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é também fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento. (2012, p. 318)

Ainda no mesmo sentido, Garcia assevera que a interpretação sistemática: “é aquela que leva em conta o sistema em que se insere a norma, relacionando-a com outras concernentes ao mesmo objeto.” (1996, p. 67)

Assim, no caso de uma mudança de Constituição, toda a norma infraconstitucional deve ser analisada e as partes que contrariarem dispositivos do novo texto ficam automaticamente revogadas; já as compatíveis, apesar de se manterem, podem ter novo sentido atribuído, em razão do modo de interpretação analisar as diretrizes da nova constituição conjuntamente.

Por fim, na interpretação teleológica, é dado a certas normas valor superior às demais, interpretando-se estas últimas de forma a se adequarem às primeiras, conforme elucidada Barroso:

[...] o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social. No direito Constitucional positivo brasileiro existe norma expressa indicando as finalidades do Estado, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de todo o sistema jurídico. (2012, p. 319)

Segundo se extrai da citação acima, a Constituição brasileira colocou estas normas como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no artigo 3º, listando-as como: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; e erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais.

A interpretação teleológica é frequentemente usada em tribunais superiores para fundamentar decisões.

3.3.2.2 Princípios constitucionais da interpretação jurídica

Além dos métodos de interpretação, a doutrina estabelece alguns princípios específicos para interpretação constitucional, quais sejam o da unidade da Constituição; da supremacia da Constituição; da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; da interpretação conforme a Constituição; da efetividade; e da proporcionalidade ou razoabilidade.

O princípio da unidade da Constituição diz que as normas da constituição devem ser analisadas de forma conjunta, evitando eventuais contradições aparentes no texto. Segundo Lenza “As normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios” (2009, p. 94).

Assim, havendo aparente contradição entre normas constitucionais, o julgador terá que encontrar um ponto comum entre os direitos tutelados e a letra da norma, conforme diz Barroso:

Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a *concordância prática* entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. Em algumas situações, precisará recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes: os direitos de uns têm de ser compatíveis com de outros. E em muitas situações, inexoravelmente, terá de fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas. (2012, pp. 327 e 328, grifo do autor)

Não se pode olvidar o princípio da supremacia da Constituição, que simplesmente afirma o que se pode extrair de sua denominação, ou seja, que a Constituição é superior a todas as demais normas, visto que é o fruto maior da manifestação da vontade popular em um momento constitucional, consoante o que afirma Barroso:

A supremacia da Constituição é um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo, que se tornou dominante em relação ao modelo da supremacia do Parlamento, residualmente praticado em alguns Estados democráticos, como o Reino Unido e a Nova Zelândia. Note-se que o princípio não tem um conteúdo material próprio: ele apenas impõe a primazia da norma constitucional, qualquer que seja ela. (2012, p. 323)

Para tornar possível a manutenção de tal supremacia, a ordem jurídica criou meios de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral, dando ao aplicador do direito instrumentos para invalidar ou paralisar atos que ofendam o disposto na Constituição.

Este controle de constitucionalidade pode ser realizado por via incidental, onde a inconstitucionalidade pode ser arguida em qualquer processo judicial; e a via principal, cuja discussão acerca da inconstitucionalidade é iniciada por algum dos citados no artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
V - o Governador de Estado;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988)

Assim, o princípio da supremacia da Constituição prevê que na atividade interpretativa, todo o ordenamento jurídico deve estar condicionado às normas constitucionais.

Já o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos rege que os atos do Poder Público, em geral, possuem validade relativa, presumida na falta de elementos que provem o contrário.

Desta forma, havendo alegação de invalidade, ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos, cumpre a parte que o afirmar justificar de maneira consistente, elucidando o ponto de vista pelo qual se vislumbrou tal irregularidade, de modo que na ausência

fundamentação razoável, mantenha-se a validade ou constitucionalidade a princípio questionada, respeitando assim a atividade legislativa e administrativa, conforme Barroso explica:

De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se subordina a Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes. (2012, p. 324)

Portanto, na atividade interpretativa, os juízes e tribunais devem declarar a invalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, conforme orienta o princípio, apenas em casos onde esta for manifesta e inequívoca, onde não há meios para resolver a questão por outros fundamentos, de modo a não invalidar atos de outro Poder, e onde não há interpretação alternativa que afirme a compatibilidade da norma com a Constituição. (BARROSO, 2012, p. 324)

Quanto ao último caso acima citado, remete-se a análise da questão sob a ótica do princípio da interpretação conforme a Constituição que, em suma, procura preservar a validade das normas constitucionais e infraconstitucionais atribuindo-lhes sentidos que estejam paralelos aos mandamentos constitucionais, o que, conforme Barroso: "... abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade.". (2012, p. 325)

Assim, diante das normas que possuem mais de uma interpretação possível, deve-se dar maior relevância a que mais se aproxima dos fundamentos e objetivos da Constituição, sem, no entanto, deturpar o texto expresso da norma, consoante ao que diz Lenza: "o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição.". (2009, p. 97)

Do mesmo modo, deve-se evitar que a interpretação da norma resulte na criação de norma com sentido diverso daquele objetivado pelo legislador, forçando sua adequação com a Constituição sob a ótica de quem julga o caso, conforme afirma Lenza:

[...] não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, seja em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador. (2009, p. 97)

Por sua vez, o princípio da efetividade visa o entendimento da norma constitucional de modo a torna-la mais efetiva socialmente, e é invocado sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais.

Barroso diz que, conforme determina este princípio, o texto da Constituição deve aproximar-se tanto quanto possível da realidade de fato, buscando sua máxima efetividade, e completa:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na não ocorrência de omissão do legislador. (2012, p. 329)

E, por fim, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade prega que na atividade interpretativa deve-se procurar pela justiça, bom senso, equidade, moderação, entre outros valores semelhantes.

Os termos “razoabilidade e proporcionalidade” empregados na denominação deste princípio são fungíveis e intercambiáveis, devido a sua proximidade semântica, eis que visam controlar a discricionariedade dos atos do Poder Público e limitar a interpretação da norma no caso concreto. (BARROSO, 2012, p. 329)

Assim, segundo Barroso, tal princípio permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando:

a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). (2012, p. 329, grifo do autor)

Também se opera o princípio quando o juiz sopesa a norma a fim de que não se produza resultado indesejado, aplicando-a no em grau razoável à necessidade no caso concreto.

4. ATIVISMO JUDICIAL

Neste capítulo discorrer-se-á especificamente acerca do ativismo judicial, apresentando breve relato histórico no que concerne ao seu surgimento, adentrando-se após no conceito deste termo e sua aplicação prática, tecendo-se comentários que interliguem a matéria já veiculada neste trabalho com o que será apresentado.

4.1 ORIGEM HISTÓRICA

Segundo Fernandez, o antecedente histórico mais importante do Ativismo Judicial é a jurisprudência romana, onde a lei escrita seria uma das menos relevantes fontes do direito, sendo a ciência jurídica e a atividade dos juízes, interpretes e reformadores das leis das Doze Tábuas a maior herança do direito Romano positivo, onde as lentas reformas legislativas se inspiravam na jurisprudência, conforme assevera:

El antecedente histórico más importante relacionado con este asunto es la jurisprudencia romana. Como se considera que el origen y una de las bases de la legislación europea es el derecho romano, precisa aclarar que en el proceso de creación de este derecho corresponde la menor parte a la ley escrita, los comícios, los senados consultos y las constituciones imperiales. En realidad, la llamada recepción del derecho romano en Europa es la recepción de la ciencia jurídica de los jurisconsultos y pretores, intérpretes y reformadores de las Doce Tablas a través de tres siglos. Las reformas legislativas, lentas de suyo, se inspiraron en la jurisprudencia siempre atenta a las urgencias sociales.³ (1980, pp 22 e 23)

Já para Pinheiro, a origem do ativismo judicial remonta o sistema judicial norte-americano que, por meio de sua jurisprudência, consagrou tal prática que para o autor surgiu a partir “da amplitude do poder dos tribunais no controle das funções dos demais poderes.” (2002, p. 22)

Ainda que inicialmente conservador, o ativismo judicial nos Estados Unidos da América logo iniciou sua atuação proativa, por meio da Suprema Corte, a fim de enfrentar a segregação racial e supressão dos direitos sociais nas décadas de 1950 e 1960. (PINHEIRO, 2002)

Há autores que sustentam o surgimento do ativismo judicial se deu de forma difusa nos países ocidentais após a segunda guerra mundial, consoante o Barroso:

³ Tradução: O antecedente histórico mais importante relacionado com este assunto é a jurisprudência romana. Como se considera que a origem e uma das bases da legislação europeia é o direito romano, precisa esclarecer que no processo de criação deste direito, corresponde a menor parte a lei escrita, as eleições, decisões do senado e as constituições imperiais. Na realidade, a chamada recepção do direito romano na Europa é a recepção da ciência jurídica dos juízes e pretores, interpretes e reformadores das Doze Tábuas através de três séculos. As reformas legislativas, lentas, se inspiraram na jurisprudência sempre atenta às urgências sociais.

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. (2013, p. 01)

Quando da formação da constituinte que veio a elaborar a hoje vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, havia grande preocupação relativa aos bens jurídicos considerados indispensáveis, daí porque estes foram considerados direitos fundamentais, conforme consta do artigo 3º desta Constituição.

Assim, de forma a garantir a proteção e manutenção não apenas da letra na norma, mas na sociedade real, a Constituição fortaleceu o Poder Judiciário, em especial os Tribunais Superiores, que restaram alçados ao patamar de guardiões desses direitos.

Não obstante as afirmações tecidas quanto à origem do ativismo judicial, Campos, referindo-se ao poder criador no exercício da jurisdição constitucional desde a Carta de 1891, já dizia:

Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular. (1942, p. 367)

Apesar de inerente ao Poder Judiciário brasileiro desde épocas pretéritas, conforme afirma o autor acima, o fortalecimento deste Poder com o advento da Constituição de 1988 concedeu mais liberdades aos magistrados para que, em determinadas situações, debatessem a legalidade e constitucionalidade das normas, podendo inclusive interferir na interpretação desta, ditando qual o significado de determinadas normas ou atribuindo significados a interpretação conjunta de várias destas.

Em verdade, o ativismo judicial tal qual se apresenta no momento, desenvolveu-se no Brasil a partir de uma ideia de ativismo no Direito, onde o texto legal poderia ser flexionado para atender as demandas da sociedade, conforme diz Andrade:

Enquanto os escalões superiores ainda se apegam teimosamente ao princípio tradicional da segurança do direito, não percebendo o risco de despedaçamento de uma ordem legal enferrujada por segmentos sociais que vão julgando sem mais encontrar amparo nela, os escalões inferiores vão descobrindo a possibilidade de fazer exatamente o inverso. Ou seja: de valorizar o legítimo em detrimento do legal; o substantivo, no lugar do formal.

É nesse contexto que surge a proposta do Direito Alternativo, basicamente formulada por alguns juízes gaúchos, preocupados em levar essas questões e desafios ao debate público. (2008, p. 11)

Andrade afirma que: “Por Direito Alternativo, afinal, pode-se entender uma ‘abordagem’ antidogmática no estudo do direito; ou, então, uma nova ‘concepção teórica’ do próprio direito; quem sabe, um conceito alternativo de ‘ciência’”. (2008, p. 11)

Recentemente as ideias do Direito Alternativo tem, para parte da doutrina, se abrigado sob a denominação de “garantismo”, que é um conceito criado na Itália na década de 1970 por Luigi Ferrajoli, inicialmente concernente apenas ao Direito penal e processual penal, abrangendo-se após para todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais.

Muito embora conceitualmente em muito semelhantes, a adoção da denominação “Garantismo” ao invés “Direito Alternativo” se deu, talvez, para que o termo possua melhor aceitação, visto que afirmar-se “garantista” soa melhor do que “alternativista”, em especial para os mais conservadores, já que a palavra “alternativo” remete a uma ideia de rebeldia, de contraposição ao já consolidado.

Entretanto, aqueles que se afirmam garantistas dizem que, diferentemente do direito alternativo, buscam assegurar as garantias constitucionais por meio da atividade jurisdicional, enquanto os alternativistas buscam algo fora do direito, uma alternativa fora da letra da lei para solução dos conflitos.

Ora, os “alternativistas”, de regra, visam os mesmos fins pregados pelos “garantistas”, enquanto estes para alcançar seu objetivo tendem a fazer o uso dos meios empregados pelos “alternativistas”, o que torna pouco nítida a diferença entre tais correntes.

Independente do termo que dá nome a esta atividade, sabe-se que a prática do ativismo judicial conta com grande apoio destas linhas de pensamento, em especial quando adotado por membro do Poder Judiciário, que possuem meios de transcender a mera teoria, aplicando-a no mundo dos fatos.

Atualmente a fronteira entre política e justiça no mundo encontra-se pouco delimitada, havendo práticas de ativismo judicial por todo o mundo, conforme exposto por Barroso:

Os exemplos são numerosos e inequívocos. 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 de *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 Constitucional 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. (2013, p. 02)

Ainda que aplicado para fins eventualmente benéficos à sociedade, o ativismo judicial pode representar grande ameaça à segurança no Direito, visto que por vezes atribui significado diverso ao que está disposto na norma, ou cria preceito legal sem correspondência expressa, o que transforma a segurança intrínseca da letra da lei em algo volátil, condicionado a entendimentos subjetivos dos aplicadores desta.

Quando esta prática ocorre com os princípios do ordenamento jurídico, em especial aqueles constantes da Constituição, pode-se afetar indiretamente o significado das demais normas, visto que estes servem como parâmetros de interpretação de todo conjunto hierarquizado das disposições legais.

4.2 ATIVISMO JUDICIAL: APLICAÇÃO PRÁTICA

O ativismo judicial, prática não estranha ao Direito positivo desde sua gênese, conforme demonstrado anteriormente, ainda que não atuasse sob esta denominação, sempre influenciou na atividade legislativa dos Estados, direta ou indiretamente.

Esta prática trata-se, resumidamente, de uma atuação proativa do Poder Judiciário, onde há invasão da competência dos demais Poderes, por meio ou da aplicação do direito de forma diversa da positivada ou da invalidação de atos legislativos e administrativos pela via processual. Segundo Barroso:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, 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. (2012, pp. 306 e 307, grifo do autor)

O ativismo judicial desenvolve-se a partir da atividade interpretativa de textos legais, visto que a hermenêutica jurídica, conforme exposto no capítulo anterior, integra o processo de formação da decisão judicial, juntamente com a norma positivada e o fato no caso concreto.

Entre as correntes de pensamento mais relevantes que tratam sobre a hermenêutica nas ciências jurídicas, essa atividade encontra especial apoio nos que consideram a

interpretação constitucional como atividade construtiva, tema abordado no item 3.3.1.4 deste trabalho.

Partindo deste ponto de vista, o ativismo seria mera resposta à inercia legislativa somada aos apelos populares, onde o órgão do Poder Judiciário, tanto juízes como tribunais, construiria o direito olhando o caso concreto e encaixando a situação aos fundamentos e objetivos da Constituição.

No entanto, não se pode negar que da mesma forma como se interpreta a Constituição de modos diversos onde a norma é clara, sob o pretexto de se estar garantindo direitos, poder-se-ia interpretar os fundamentos e objetivos da Constituição, sob este mesmo pretexto garantista, alcançando-se consequências diversas daquelas que pretendia o constituinte. Deste modo, a atividade proativa de interpretação da constituição, assim chamada de ativismo judicial, resta limitada apenas pelas próprias capacidades criativas do magistrado.

Por outro lado, em oposição ao ativismo judicial, há a autocontenção judicial, que prega ideias opostas, em especial a menor interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, conforme elucida Barroso:

O oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (2012, p. 308, grifo do autor)

O mesmo autor ainda completa dizendo que: “Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juízes e tribunais no Brasil.” (2012, p. 308)

Entretanto, com a elevação do poder do Judiciário frente aos demais Poderes, questões políticas e sociais antes apreciadas pelo legislativo, tem encontrado um atalho às suas pretensões no Poder Judiciário, por meio da “judicialização” dos fatos da vida, termo este que segundo Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (2013, p. 03)

Ainda que haja lacunas e obscuridade na lei, pode-se contornar a situação fazendo-se uso dos demais recursos disponíveis no ordenamento jurídico, tal como os princípios orientadores. Não há necessidade de criação legislativa no âmbito judicial, invalidando o já

positivado sob a justificativa de manutenção da segurança jurídica que, diga-se, mais parece insegurança diante da flexibilização desordenada da norma. Não é de modo diverso que pensa Fernandez:

Como en todo orden jurídico, en la ley existe un inevitable margem de incertidumbre e inseguridad, y esto sólo lo niegan quienes, obsesionados por una necesidad de seguridad jurídica, consideran esa seguridad sólo propia de la ley. Pero el hecho de que exista un margen de incertidumbre e inseguridad en el sistema legislativo, de ningún modo invalida la ley como un medio que satisface un anhelo de seguridad jurídica⁴ (1980, p. 47)

Assim, sendo transferidas ao Poder Judiciário, em especial aos tribunais superiores, decisões legislativas, cria-se ou modifica-se o sentido de leis, sem, no entanto, haver qualquer participação legislativa direta. Há, de fato, como que um segundo “Poder Legislativo” inserido no próprio Poder Judiciário, com o inconveniente de não ter sua decisão submetida a qualquer outro Poder.

A cumulação de atribuições e competências no Poder Judiciário se traduz no que pode ser chamado de “absolutismo da toga”, no exercício do qual o magistrado cria as normas que ele mesmo aplicará, de forma independente e desvinculada do Legislativo e do Executivo, trespassando o sistema de *checks and balances* para concentrar em si a manifestação de todos os Poderes do Estado.

No mesmo sentido Mendes, Coelho e Branco afirmam:

Intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua própria autoridade, esses tribunais – aliás com ampla aceitação nas sociedades democráticas –, transformaram-se em variantes do poder legislativo, legisladores positivos ou, se preferirmos, descontado o exagero da expressão, verdadeiras ‘constituintes de plantão’, confirmando, agora com validade *erga omnes*, as palavras de Charles Hughes – então Governador do Estado de Nova York e, depois, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos –, quando afirmou que os americanos viviam sob uma constituição, mas essa carta política era aquilo que os juízes diziam que ela o era. (2000, p. 58)

Reação a essa tendência parece vir do Projeto de Emenda a Constituição nº 33, de 2011, cujo objetivo seria, entre outros, reestabelecer ao menos em parte a possibilidade de contenção do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário, respeitando o disposto no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, por meio da prévia submissão das sumulas vinculantes àquele, para que, como representante eleito do povo, manifeste-se em consonância com os anseios populares.

⁴ Tal como acontece com toda a legislação, na lei há uma inevitável margem de incerteza e insegurança, e isso só nega quem, obcecado por uma necessidade de segurança jurídica, considerar que essa segurança é própria apenas da lei. Mas o fato de que exista uma margem de incerteza e insegurança no sistema jurídico de forma alguma invalida a lei como um meio para satisfazer um anseio de segurança jurídica.

Da justificativa apresentada ao referido projeto extrai-se a preocupação do Legislativo com a chamada “hipertrofia” do Judiciário, que vem deslocando as questões carentes de normatização positiva para a resolução na via judicial, acusando assim a ausência de legitimação democrática, conforme se expõe:

O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Disso são exemplos a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras.

As decisões proferidas nesses casos carecerão de legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país.

Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo. (FONTELES, 2011)

Além desta preocupação, o PEC nº 33/2011 também busca, como forma de resguardar a matéria de lei já positivada, que o quórum mínimo para declaração de inconstitucionalidade passe de maioria absoluta (aprovação de seis dos onze ministros no sentido de declarar inconstitucional determinado dispositivo) para maioria qualificada, onde seriam necessários ao menos nove ministros que vislumbrassem tal inconstitucionalidade.

De fato, o apelo da mídia sobre tal projeto foi, quando menos, importante para o surgimento da pressão popular que culminou em diversos políticos se manifestando contra a aprovação, ainda que o que se busca seja de certa forma uma leve resposta ao ativismo judicial que vem sendo exercido, visto que tornar mais rigorosos os requisitos para declarações de inconstitucionalidade e buscar submeter súmula vinculante ao prévio escrutínio do Poder Legislativo não diminuiria o poder de atuação do Judiciário, apenas implicaria em mais segurança às decisões que lá fossem tomadas.

Importante também transcrever as razões para tal projeto, que resumidamente buscam harmonizar os valores da representação política, soberania popular e dignidade da lei que se encontram ameaçadas pela postura ativista do Poder Judiciário, *ipsis litteris*:

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição.

[...]

A opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepor a soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular. (FONTELES, 2011)

Não obstante sua recente reprovação popular, este projeto encontra correspondência direta com uma das atribuições do Poder Legislativo, inseridas na constituição, consoante ao

disposto no artigo 49, inciso XI desta: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;”. (BRASIL, 1988)

Esse exercício legislativo no âmbito jurídico nada mais é que uma usurpação de função exclusiva do Poder Legislativo, consoante afirmam Mendes, Coelho e Branco: “Funcionam, então, esses operadores jurídicos, como instâncias *heterônomas* de criação *abreviada* do direito, sem que a ninguém ocorra a ideia de que, no exercício desse trabalho, estejam eles a usurpar função privativa do poder legislativo.” (2000, p. 60, grifo do autor)

Vale lembrar que inserta nas casas legislativas há as comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, cujo objetivo é verificar a constitucionalidade e adequação dos projetos de lei a realidade social. Estas comissões já exercem um prévio controle de constitucionalidade, sendo suas atribuições previstas no artigo 101 e incisos, e no artigo 32, inciso IV, do Senado Federal e da Câmara de Deputados, respectivamente, como se expõe:

Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:
I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário;
[...] (BRASIL, 1970)

Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:
[...]
IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:
a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões;
b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;
c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento;
d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça;
e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial;
[...] (BRASIL, 1989)

Há quem justifique essa interferência entre os Poderes dizendo que não é possível ao legislador prever todos os casos onde haverá necessidade de o Judiciário dizer o direito, conforme aduz Fernandez:

Las necesidades de la sociedad son tan variadas, tan activas las comunicaciones entre los hombres, y tan múltiples sus conexiones e intereses, que nunca alcanzará el legislador la imposible meta de proveer a todo. [...] Por esto há dicho Ehrlich que todo cuerpo de reglas formuladas es por su misma naturaleza incompleto, ya que es

anticuado em el momento de ser formulado. Por lo tanto, apenas puede gobernar el presente y nunca el futuro.⁵ (1980, p. 41)

Portanto, sob a ótica dos que defendem o ativismo judicial, o juiz seria a figura central do universo jurídico, de onde o verdadeiro direito emana; para Garcia o juiz ativista: “é o mediador que restaura a igualdade e corrige a injustiça, no uso de seu poder criador.” (1996, p. 154)

Acreditam alguns ser o juiz o responsável por criar e aplicar a justiça, desconsiderando aquilo que chamam de “interesses de grupos minoritários”, ainda que estejam positivados na norma, conforme diz Andrade:

“Cumprir a lei, para o magistrado tradicional, é a postura inabalável. Não se considera ser o Direito Positivo ditado pelos detentores do poder, servindo para manter suas distinções, outorgando-lhes condições de aplicar violência na defesa das suas prerrogativas. Ao aplicar com eficiência tal ordenamento jurídico, nada mais faz a não ser atender aos interesses de grupos minoritários, sustentando-os no poder, às custas do empobrecimento da população. Aliás, tal postura ‘fez do juiz um distribuidor de penas em matéria repressiva e, no campo civil, um verdadeiro árbitro de interesses privados, cujos poderes estão estreitamente encadeados numa rede objetiva de regras legais.’” (2008, p. 59)

A busca de uma solução eticamente justa no caso concreto é por vezes o combustível do ativismo judicial, que faz uso desta justificativa para atribuir a decisões ideias de cunho pessoal, moral ou político; Garcia demonstra em sua obra esta preocupação com a moral e a justiça:

“As leis têm de ser interpretadas e complementadas à luz do que é reconhecido como eticamente justo. O juiz deve, passo a passo, usando juízos de valor, procurar encontrar as ideias de justiça contidas na norma, por modo a pensa-la continuamente à luz do caso a decidir.” (1996, p. 167)

Segundo Barroso, o ativismo apresenta um lado positivo e um negativo; positivo em razão de as demandas da sociedade que o parlamento não satisfaz estarem sendo atendidas; e negativa por expor as deficiências do sistema democrático brasileiro, onde não há uma atividade intensa e saudável do Poder Legislativo, o que demonstra a necessidade de uma reforma política que reaproxime a classe política da sociedade civil. (2013, pp. 09 e 10)

Entretanto, estar o Poder Legislativo atuando de maneira ineficiente ou insuficiente para os fins que deveria alcançar não justifica uma atuação invasiva do Poder Judiciário em questões de competência exclusiva de outro Poder.

⁵ Tradução: As necessidades da sociedade são tão variadas, tão ativas as comunicações entre os homens, e tão múltiplas suas conexões e interesses, que nunca alcançará o legislador a impossível meta de prever tudo. [...] Por isso disse Ehrlich que todo corpo de regras formuladas é por sua natureza incompleto, já que é antiquado no momento de ser formulado. Portanto, apenas pode governar o presente e nunca o futuro.

Dentre as críticas que se pode fazer ao ativismo judicial, merecem atenção as que versam sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário, o risco de politização da Justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

Os membros do Poder Judiciário, como mencionado no item 2.4 deste trabalho, não são eleitos por meio de votos, mas inegavelmente desempenham papel político na sociedade, em especial quando influem sobre decisões dos Poderes Legislativo e Executivo, invalidando atos destes.

A *dificuldade contramajoritária*, conforme denominada por Alexander Bickel, é claramente identificável neste caso, onde decisões tomadas por uma minoria, como os onze ministros do Supremo Tribunal Federal, sobrepõe-se à decisões do Congresso ou do Presidente da República, que foram escolhidos pela vontade popular e carregam em seus atos a legitimidade conferida por milhões de eleitores. (BARROSO, 2013, p. 10)

Segundo Barroso, os membros do Poder Judiciário não devem extrapolar suas atribuições, dosando e ponderando os casos onde sua atuação interfira na esfera dos demais Poderes, e completa:

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. (2013, p. 11)

Assim, os protagonistas da vida política devem ser aqueles votados para tanto, limitando-se os juízes e tribunais sua atuação ativa à casos onde haja flagrante necessidade de intervenção para preservar os fundamentos e objetivos da Constituição.

As decisões tomadas no âmbito do judiciário devem ser livres de conteúdo político-ideológico, ainda que o limite entre direito e política não seja sempre fixo e claro, a atividade jurisdicional não pode ser tendenciosa ou partidarizada.

Os fundamentos de uma decisão judicial devem encontrar correspondência no texto legal, e resultarem de um raciocínio lógico que leve em consideração os elementos do caso concreto, isolando-se eventuais ideologias políticas não positivadas. Segundo Barroso, caberia ao juiz:

(i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em

sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. (2013, pp. 14 e 15)

Cabe anotar que, do mesmo modo que se deve evitar a judicialização da política, de modo a respeitar a separação dos Poderes, deve-se extirpar a politização da justiça, visto que daí só resultaria justiça para uma parcela da população.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, a política foi transformada em direito quando o Poder constituinte se tornou Poder constituído, não mais devendo no âmbito constitucional haver interferência política na norma.

E, com não menos importância, deve ser lembrada a limitação institucional do Judiciário que, como os demais Poderes, só pode interferir o suficiente sobre os outros para evitar o surgimento de instâncias hegemônicas. (BARROSO, 2013, p. 15)

No caso de interpretação de normas, os órgãos com a decisão final são os tribunais superiores, no entanto, segundo Barroso, “Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância judicial.” (2013, p. 15)

Ademais, no que toca a capacidade institucional, deve ser lembrado que o Poder Judiciário é especializado na chamada microjustiça, que é a justiça aplicada ao caso concreto, enquanto a justiça social, orientadora daquela, compete ao legislativo positivado no plano abstrato.

Assim, buscando o Poder Judiciário fazer as vezes do Poder Legislativo, as decisões que daquele emanarem podem acarretar efeitos indesejáveis em razão da falta de informação ou conhecimento aprofundado da matéria quando da decisão. Barroso exemplifica:

Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. (2013, pp. 16 e 17)

Portanto, a atividade interpretativa que acarrete o exercício do ativismo judicial deveria ser limitada a casos onde não haja alternativa prevista pelo legislador, minimizando a interferência entre Poderes, de modo a preservar o democrático o direito, conforme afirma Barroso:

[...] havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes

possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. (2013, p. 18)

Não é o Judiciário um distribuidor de justiça que tira dos ricos e dá aos pobres como forma de equiparação social. Para o equilíbrio das questões sociais e econômicas, há a eleição de representantes que criam e modificam as leis conforme o anseio popular. O parecer pessoal do julgador quanto à justiça contida nas leis não o autoriza a substituir o legislador que lhe parece desatento e desidioso, ao contrário do que Andrade faz crer:

“Possui a dogmática, por exemplo, inúmeros tratados sobre a moradia, nada lhe importando, entretanto, ao lavrá-los, o fato de inexistir casa para grande parte da população morar. Fala em mercado livre para um povo sem poder aquisitivo. Coloca a propriedade privada como uma das bases da organização social, mas mantém o acesso restrito a ela. Ora, se a propriedade é tão importante, por que não estendê-la a cada cidadão?” (2008, p. 29)

Se no magistrado há tanta preocupação com as questões sociais, talvez devesse este concorrer a um cargo político para efetivar as mudanças que entenda justas, respeitando assim sua área de atuação. O fato de o Poder Judiciário não ser composto por meio de concorrência política encontra justificativa exatamente neste ponto, o de evitar que ideologias políticas interfiram nas decisões judiciais; não é o juiz partidário ou o juiz populista que faz valer a letra da lei, uma vez que estes se colocam acima dos Poderes Judiciário e Legislativo, pois extrapolam a competência do primeiro e invadem a do segundo.

Uma corte constitucional necessita manter-se atenta às possíveis consequências políticas de suas decisões, evitando que estas, ainda que visem resguardar os direitos fundamentais, acabem por preterir uma maioria em favor de uma minoria, culminando, talvez, em injustiças generalizadas.

5. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS

Neste capítulo final serão expostas três decisões do Supremo Tribunal Federal cujo fundamento baseou-se em princípios constitucionais que não encontram disposição expressa, ou seja, princípios implícitos.

Concomitantemente à indicação de cada princípio implícito far-se-á comentários acerca da razão para adoção deste, o campo em que foi aplicado e as possíveis consequências da adoção destes em outros casos.

5.1 PRINCÍPIO IMPLÍCITO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O princípio, dito implícito, do mínimo existencial surgiu a partir da conjugação dos dispositivos constitucionais expressos nos artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso III, que tratam sobre os fundamentos e objetivos da Constituição, como se expõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
 [...]
 III - a dignidade da pessoa humana;
 [...]
 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 [...]
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (BRASIL, 1988)

Cumpra aqui tecer breves comentários sobre o primeiro dispositivo citado. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que é amplamente usado nas mais diversas áreas do direito como base para defesa dos mais variados pontos de vista sobre algum tema, constitui-se, para muitos, uma verdadeira pedra filosofal da argumentação jurídica, que onde toca transforma a mais esdrúxula tese em questão sob égide constitucional, ou ao menos o tenta.

Tal característica se deve ao altíssimo nível de subjetividade intrínseco desse fundamento, uma vez que não há parâmetro exato para aferimento de dignidade; isto, aliado com a diversidade de classes econômicas e socioculturais existentes no Brasil, torna ainda mais difícil estabelecer um padrão aplicável de igual forma a todos.

Já o objetivo constitucional de erradicação da pobreza e da marginalização e redução de desigualdades sociais e regionais é, constantemente, invocado para criação de políticas públicas.

Como forma de garantir a aplicação das políticas públicas, criadas com base no objetivo citado, é que foi “exposto” o princípio implícito do mínimo existencial que, encontrando apoio no sempre solícito fundamento da dignidade da pessoa humana, veio compor a já extensa lista de princípios constitucionais.

Quanto a este princípio o Supremo Tribunal Federal manifestou-se:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...] A noção de ‘mínimo existencial’, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (BRASIL, 2011a)

Ora, é visível o aspecto garantista dessa fusão de dispositivos constitucionais, uma vez que, consoante ao que se depreende do citado acima, o princípio do mínimo existencial seria uma razão “a mais” para se cumprir o que a lei determina.

No entanto, pondera-se, se os dispositivos do qual o princípio do mínimo existencial derivou já preveem o que este princípio rege, por que então trata-lo como algo paralelo àqueles?

O que se observa é que foi criado um precedente com teoria própria que enquanto aplicado por seus criadores poderá conservar seus objetivos, mas, quando estes forem substituídos, o princípio ainda continuará lá, e outros que venham a aplica-lo podem interpretar de maneira diversa e, sendo considerado um princípio constitucional tal como os outros expressos, haverá pouco para derroga-lo.

Não é difícil imaginar que com a capacidade interpretativa dos aplicadores da lei, limitados apenas pela criatividade, como explicitado anteriormente, este mínimo existencial deixe de ser considerado o acesso pleno à saúde e educação, entre outros, para ser visto como o mínimo necessário para subsistência, em especial quando conjugado com o princípio da reserva do possível – este também implícito –, que em razão de futuras visões políticas dos aplicadores da lei pode, talvez, alçar-se superior ao primeiro, ainda que esteja subordinado ao mínimo existencial, conforme hoje entende o Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).

2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.

3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2013, grifo nosso)

Ora, mínimo existencial é mais um conceito subjetivo, não há indicação exata do que é mínimo, tendo-se criado mais um princípio genérico de significação ampla.

O que impediria que em alguns anos uma maioria de ministros venha a entender que o mínimo existencial é um *tablet* para crianças em idade escolar desenvolverem seus estudos, ou uma piscina nas residências de famílias que moram em locais de intenso calor e seca, tendo o Estado, e indiretamente todos os cidadãos, que arcar com tais custos? Ou em sentido inverso, que óbice existiria para que se venha um dia a entender que o mínimo existencial em relação à saúde não é o tratamento que vise à cura e sim o tratamento meramente sintomático que possibilite o indivíduo a morrer aos poucos, porém sem sofrimento; ou ainda que o mínimo existencial em relação à educação não é um ensino fundamental e médio de qualidade, mas sim meramente um ensino básico?

Repita-se: ainda que os princípios implícitos hoje reconhecidos possuam um contexto específico e interpretação determinada para sua aplicação, quando os interpretes e aplicadores das normas que lá estão deixarem seus postos e outros tomarem seus lugares, como é inevitável, tais princípios reconhecidos ainda permanecerão existindo, mas o entendimento sobre a aplicação destes pode variar, conforme acima exemplificado.

E mais, antes mesmo dessa mudança de interpretes e aplicadores, nada impede que juízes de primeiro grau, inspirados nas decisões e princípios reconhecidos pela Suprema Corte, venham a entender, em suas sentenças, já de modo diverso do qual os “descobridores” dos princípios pretendiam, trazendo ainda mais insegurança jurídica e conteúdo político-ideológico para as decisões.

Vale lembrar que como exposto anteriormente, há casos onde o ativismo judicial é aplicado a partir de fundamentos de cunho político ou ideológico, portanto, ainda que sob uma ótica pessimista, as políticas e ideologias podem tomar rumos diferentes das que se aplicam hoje, retirando da população em geral ao invés de ceder a esta, usando a herança panprincipiológica de hoje para, quiçá, fins contrários do que agora se busca.

5.2 PRINCÍPIO IMPLÍCITO DO DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE

Na criação deste princípio, por meio de hermenêutica construtiva, conforme salientado pelo próprio relator da decisão que a seguir será apresentada, houve a conjugação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e o objetivo constitucional da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminação, insertos nos artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso IV, respectivamente:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Quanto ao fundamento da dignidade da pessoa humana, remete-se ao comentado no título anterior.

No que tange ao objetivo de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, encontra-se outro dispositivo frequentemente usado para implementação de políticas e campanhas públicas, bem como para justificar diversas condutas *praeter legem* que se alega serem alvos de discriminação, tal como a união homoafetiva ou a adoção de crianças por casais do mesmo sexo.

Inclusive, quanto ao casamento de pessoas do mesmo sexo, ousa-se dizer que, a luz do direito positivo, tal ato tratar-se-ia de conduta *contra legem*, visto que não se adequa ao disposto no artigo 1.514 do Código Civil, que rege: “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.” (BRASIL, 2002, grifo nosso)

E não é de forma diversa que a própria constituição entende o conceito de família, quando em seu artigo 226, §5º, dispõe:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988)

O Supremo Tribunal Federal, fazendo as vezes do Poder Legislativo, em flagrante postura ativista, por meio de interpretações ideológicas, políticas e por hibridismos principiológicos, inclusive fazendo uso do princípio que neste capítulo se trata, permitiu que fossem celebrados os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Não se critica aqui a justeza da decisão, ou sequer a opção dos – agora cônjuges – homossexuais, mas as vias pela qual tal decisão de matéria exclusivamente política foi tomada pelo Poder Judiciário.

Ainda que o que se busque seja realmente necessário e condizente com a realidade do País, o meio eleito para sua efetivação foi equivocado, já que tratou de questão estritamente política que, portanto, deveria ser resolvida pelas casas legislativas, e não pelo Poder Judiciário.

Cita-se trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre este assunto:

Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento [reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar], viabilizou a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, tornando efetivo, assim, o princípio da igualdade, assegurando respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia a dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizavam a busca da felicidade por homossexuais vítimas de tratamento discriminatório. (BRASIL, 2011b)

Ora, palavras outras o Supremo Tribunal Federal, na ausência de manifestação legislativa sobre o tema, utilizou de suas prerrogativas de Suprema Corte para contornar texto expresso de lei sem ao menos reconhecer como inconstitucional o que lá estava disposto, legislando, assim, por meio de jurisprudência.

O próprio tribunal reconhece, por vias transversas, a competência do Poder Legislativo para tratar de tal matéria, quando baseia sua decisão na inércia daquele, conforme se expõe:

Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na

própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. (BRASIL, 2011c)

Vê-se que foi reconhecido este princípio, até então implícito, para aplicação nestes casos em especial, entretanto, pela própria natureza dos princípios, ele pode ser aplicado em qualquer outra área do Direito, visto que é constitucional, soberano diante das demais leis, dobrando a interpretação destas de forma a obedecerem a hierarquia de normas.

Agora, a título de reflexão, o direito a busca da felicidade engloba quaisquer conceitos de felicidade que um indivíduo tenha para si; o Supremo Tribunal Federal afirma que busca-la é um direito; a primeira aplicação deste princípio é justamente para desconsiderar texto expresso na constituição e em lei ordinária (entidade familiar/casamento = homem e mulher); o que um indivíduo não poderia fazer se afirmasse estar buscando a felicidade?

Por exemplo, se um homem sentisse intensa atração por crianças com menos de 14 anos, e, sem violência ou ameaça mantivesse relações sexuais com estas, estaria buscando sua felicidade e, portanto, estaria protegido pela constituição? Ou, se determinada pessoa sonhasse em ter sua arte reconhecida em lugares de grande visibilidade e assim decidisse fazer pinturas em prédios e monumentos públicos, ainda que sem qualquer consentimento estatal, estaria exercendo seu direito de busca a felicidade?

Ao que parece, foi reconhecido um princípio implícito para embasar uma atitude ativista do Poder Judiciário que, até então e para aquele fim, carecia de suporte constitucional para suas ideologias políticas.

Repete-se que a atividade interpretativa no Poder Judiciário é limitada apenas pela capacidade criativa de seu aplicador, que no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar interpretou princípios para criar outro princípio que, por sua vez, interpretado junto àqueles foi aplicado para dar outro significado a dispositivo expresso de lei, conforme se depreende do acórdão do Supremo Tribunal Federal, que se preocupava com a legitimidade e justificação de sua intervenção, conforme se expõe:

Desse modo, a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. (BRASIL, 2011b)

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal age sob a justificativa de estar protegendo as minorias da vontade hegemônica da maioria, dizendo que a instituição parlamentar tem sua legitimidade reduzida quando não se submete às vontades das minorias, conforme se extrai do seguinte trecho:

Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários (BRASIL, 2011)

Ora, parece correto que as vontades das minorias sejam acolhidas, entretanto, causa certa estranheza que apenas algumas minorias sejam agraciadas com tamanha compreensão e saber jurídico, enquanto outras, tais como as que buscam o direito de realizar aborto, os que buscam a legalização da maconha, os que buscam o direito de realizar a eutanásia, entre outros, continuem submetidos à “vontade hegemônica da maioria”.

5. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DA INSIGNIFICÂNCIA

Tal princípio constitucional que, ao que parece, em nada difere do princípio homônimo da esfera criminal foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como um princípio implícito na Constituição sendo, assim, erigido ao patamar de princípio constitucional.

Trata-se de um princípio de política-criminal, cujo teor assegura que condutas materialmente típicas, mas que não tenham relevância suficiente para ofender bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, sejam consideradas atípicas, não havendo intervenção do Estado, ou qualquer forma de repressão ao autor do fato.

No entanto, ainda que aplicado na esfera penal e decorrente das leis que disciplinam esta área, o princípio da insignificância foi erigido ao patamar constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que comentou em decisão:

Donde a compreensão de que falar do valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo quantum de ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade e a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência. Assim como falar dos outros valores é reconhecê-los como justos na medida em que permeados desse efetivo quantum de ponderabilidade (mescla de razoabilidade e proporcionalidade, torna-se a dizer). Tudo enlaçado por um modo sinérgico, no sentido de que o juízo de ponderabilidade implica o mais harmonioso emprego do pensamento e do sentimento do julgador na avaliação da conduta do agente em face do seu subjetivado histórico de vida e da objetividade da sua concreta conduta alegadamente delitiva. (BRASIL, 2012)

Juntando os preceitos de matéria constitucional como o “valor da Justiça” e a “razoabilidade e proporcionalidade” a Suprema Corte chegou a conclusão que o princípio da insignificância estaria contido não só na esfera do Direito criminal, mas também na do Direito constitucional, uma vez que estaria alinhado com este, em especial quando afirmou que:

É nessa perspectiva de concreção do valor da justiça que se pode compreender o tema da insignificância penal como um princípio implícito de direito constitucional e, simultaneamente, de direito criminal. Pelo que é possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e a própria vítima. É falar: em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa. Daí por que ela, Constituição, explicitamente trabalha com dois extremos em matéria de política criminal: os crimes de máximo potencial ofensivo (entre os quais os chamados delitos hediondos e os que lhe sejam equiparados, de parilha com os crimes de natureza jurídica imprescritível) e as infrações de pequeno potencial ofensivo (inciso I do art. 98 da CF). (BRASIL, 2012)

Ora, consoante o que o acórdão afirma, a Constituição faz previsão expressa da existência de crimes de maior e menor potencial ofensivo, e delega à Leis Ordinárias sua definição típica.

E, na mesma senda, as condutas são consideradas penalmente típicas porque são significantes para vítima ou para sociedade. No entanto, embora expressos os tipos penais e suas circunstâncias de aumento ou diminuição de penas, entende-se a partir deste princípio que há ainda os crimes que ficam aquém do menor potencial ofensivo, e assim não deveriam ser punidos, conforme se extrai do acórdão:

Pelo que é possível extrair do ordenamento jurídico brasileiro a premissa de que toda conduta penalmente típica só é penalmente típica porque significativa, de alguma forma, para a sociedade e a própria vítima. É falar: em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa. Daí por que ela, Constituição, explicitamente trabalha com dois extremos em matéria de política criminal: os crimes de máximo potencial ofensivo (entre os quais os chamados delitos hediondos e os que lhe sejam equiparados, de parilha com os crimes de natureza jurídica imprescritível) e as infrações de pequeno potencial ofensivo (inciso I do art. 98 da CF). (BRASIL, 2012)

Verifica-se que o prolator do acórdão entende que a Constituição estabeleceu extremos para a incidência da reação estatal punitiva, no entanto interpreta o que ele mesmo diz ser expresso no sentido de que haveriam condutas típicas de menor potencial ofensivo que estariam ainda abaixo do patamar do rotulado como “menor” pela Constituição Federal, conforme segue:

Ao prever, por exemplo, a categoria de infrações de menor potencial ofensivo (inciso I do art. 98), a Constituição Federal logicamente nega a significância penal de tudo que ficar aquém desse potencial, de logo rotulado de “menor”; ou seja, quando a Constituição Federal concebe a categoria das infrações de menor potencial ofensivo, parece mesmo que o faz na perspectiva de uma conduta atenuadamente danosa para a vítima e a sociedade, é certo, mas ainda assim em grau suficiente de lesividade para justificar uma reação estatal punitiva. Pelo que estabelece um vínculo operacional direto entre o efetivo dano ao bem jurídico tutelado, por menor que seja, e a necessidade de uma resposta punitiva do Estado. (BRASIL, 2012)

Ora, com respeito ao saber jurídico do Ministro prolator, não se vislumbra negativa a significância penal de tudo que ficar aquém do menor potencial ofensivo, quando mais “logicamente”, e não se entende como algo pode ficar aquém do já considerado “menor potencial ofensivo”, pois se há a conduta típica, excluídos os casos de ação penal privada, há uma ofensa à bens jurídicos que, quando menos, se encaixa no chamado “menor potencial ofensivo”.

Ademais, pouco crível que algo que “parece” que a Constituição dispõe, como consta no acórdão, pode “logicamente” – como também consta no acórdão – negar a significância penal de conduta que fica aquém de termos usados para englobar todas as situações típicas, não importando se de maior ou menor potencial ofensivo.

Postas de lado as críticas ao princípio em si, a atividade interpretativa do aplicador do Direito neste caso em muito supera o texto da lei, indo além do expressamente disposto e criando patamares para classificação de delitos onde a lei é clara, dispensando interpretações.

Entende-se que o princípio da insignificância é de natureza político-criminal, no entanto, buscar justificativa na Constituição para declarar atipicidade de fatos típicos, ao menos sob os fundamentos apresentados, é claro ativismo judicial com interpretação construtiva, ou seja, criação de texto de lei a partir da mera atividade de aplicação desta. Tal conduta fica visível no seguinte trecho do acórdão:

O desafio do intérprete da norma é encontrar aqueles vetores que levem ao juízo da não-significância penal da conduta. Vetores que decolam de uma leitura pluridimensional da figura da adequação típica, principiando pelo ângulo do agente; quero dizer: da perspectiva do agente, a conduta penalmente insignificante deve revelar muito mais uma extrema carência material do que uma firme intenção e menos ainda toda uma crônica de vida delituosa. (BRASIL, 2012)

Se é desafio de interpretação encontrar vetores que “levem ao juízo da não-significância penal da conduta” verifica-se que se vai muito além da letra da lei, que é clara e objetiva, usando de fatores subjetivos para encontrar o resultado desafiado, fazendo uso, conseqüentemente, de ideologias próprias do julgador.

Assim, erigir um princípio de política-criminal, até então considerado princípio da esfera penal, para princípio constitucional demonstra o que pode ser considerado como

implícito na Constituição, ou seja, qualquer coisa que não seja expressa e explicitamente contrária ao disposto nesta.

Vale lembrar que como princípio constitucional, o princípio da insignificância pode ser utilizado em qualquer área do Direito submetida à Constituição. Quanto tempo, por exemplo, pode levar até que alguém invoque este princípio para justificar sua negativa ao pagamento de parcelas de financiamento a um banco que certamente não sentiria esta inadimplência de modo significativo?

Por mais absurda que possa parecer alguma ideia a princípio, palavras bem colocadas e embasamento aparentemente sólido, sustentado por normas expressas ou reconhecidas como implícitas, podem transformar ideias políticas em preceitos com força normativa, usando dos meios disponíveis na atividade jurisdicional para efetivar mudanças políticas, abreviando assim o processo democrático-legislativo segundo as próprias convicções do interprete aplicador do direito.

6. CONCLUSÃO

Para a solidez de um Estado democrático é necessária uma ordem jurídica que estabeleça limites ao exercício da cidadania, garantindo que todos ajam nos conformes do que a lei estabelece.

O poder que do povo emana e a este é revertido de forma a contribuir com sua evolução está alinhado com o regime político adotado no Brasil, e esta reversão deveria ser feita por meio de pessoas eleitas entre os membros da população para atuar em um cargo político e, usando das atribuições deste, proteger os interesses de seus representados, buscando atender seus anseios e os fins do Estado no qual estão inseridos.

Os objetivos e fundamentos que regem o Estado estão contidos na Constituição que, por sua vez, dispõe sobre diversos assuntos de Direito como forma de estabelecer e orientar sua aplicação no caso concreto.

No entanto, o Poder Judiciário, ainda que não composto por meio da vontade popular, e sim por mérito próprio a partir de concursos públicos, integra a ordem jurídica que faz uso da Constituição para efetivar os fins do Estado e dirimir conflitos existentes entre a população e este, ou entre os próprios indivíduos.

Quando o Poder Judiciário, fazendo uso de suas atribuições, interpreta a Constituição e as demais leis de forma a criar direito, ou dar significado diverso às suas disposições expressas, atua na prática do ativismo judicial, fazendo por vezes a interpretação criativa, chamada de “interpretação como concretização construtiva”, acabando por criar como que um atalho às modificações legislativas.

Tal prática invade a competência do Poder Legislativo, visto que trata de questões de cunho político na esfera judicial, carecendo assim de legitimação democrática direta, visto que o grupo que atua no Poder Judiciário não foi escolhido conforme a vontade popular.

Ademais, as decisões que tratam de matéria política derivam das próprias ideologias e posicionamentos políticos dos julgadores, visto que não se encontram na lei e, assim, como fonte de embasamento aos magistrados restam suas opiniões pessoais.

Tal conduta de usurpação de função legislativa se agrava quando além de normatizar ou alterar significado de norma a partir de decisões suas, o Poder Judiciário reconhece princípios ditos implícitos no ordenamento, trazendo à já extensa lista de princípios constitucionais outros que derivam de interpretações de dispositivos contidos nela própria, com o fim de justificar ou fundamentar decisões ativistas.

No entanto, reconhecer princípios que não constam expressamente de uma Constituição, que já tem como característica ser extensa e analítica, apenas cria precedentes para que se faça uma interpretação secundária, utilizando o que já foi criado por meio interpretativo para novamente interpretar algo que está manifesto no texto legal, ou que ainda necessita de posituação na esfera legislativa.

Assim a hipertrofia do Poder Judiciário acaba por criar como que um segundo Poder Legislativo dentro daquele, trazendo riscos à segurança jurídica, uma vez que relativiza o que está claro na lei, modifica sentido de norma expressa, ou então cria norma através de jurisprudência sem que seja observada a vontade popular por meio de seus representantes eleitos.

Ainda que a falta de celeridade no desenvolvimento legislativo atrase a equiparação entre a realidade fática e a norma positivada, não há justificativa plausível para que um Poder invada a competência do outro e tome para si suas atribuições, mais que aplicando, criando normas em uma espécie de absolutismo da toga.

O manejo dos princípios constitucionais ditos implícitos revela a tendência panprincipiologista para a qual se encaminha o Judiciário, enquanto de uma Constituição deve se esperar não pródiga de princípios, limitados aos indispensáveis nela expressamente dispostos, de formar a evitar insegurança jurídica ou desrespeito à vontade política do constituinte original.

Assim, se o que se busca é atender aos anseios populares, melhor seria submeter diretamente ao povo as questões políticas a serem decididas, por meio de uma democracia mais participativa, do que autorizar um pequeno grupo de pessoas à utilizar-se de suas próprias ideologias para, sem legitimação democrática direta, decidir o futuro de toda uma nação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> > Acesso em: 13 de setembro de 2013.

BENASSE, Paulo Roberto. **Dicionário jurídico de bolso**. 1ª ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 9ª ED. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 12 de agosto de 2013.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > Acesso em: 13 de outubro de 2013.

_____. **Resolução nº 17, de 1989**. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RegimentoInternoatRCD312013.pdf> > Acesso em: 14 de outubro de 2013.

_____. **Resolução nº 93, de 1970**. Texto editado em conformidade com a Resolução no 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2010. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegInternoSF_Vol1.pdf > Acesso em: 14 de outubro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo 639.337 São Paulo**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 23 de agosto de 2011a. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> > Acesso em: 14 de outubro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário 477.554 Minas Gerais**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16 de julho de 2011b. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719> > Acesso em 14 de outubro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário 642.536 Amapá**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 05 de fevereiro de 2013. Disponível em <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753> > Acesso em 17 de outubro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 de maio de 2011c. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> > Acesso em 14 de outubro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 111.017 Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 07 de fevereiro de 2012. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218342> > Acesso em 15 de outubro de 2013.

CAMPOS, Francisco. O poder judiciário na constituição de 1937, in **direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

CICCO, Cláudio De; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do estado e ciência política**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CUNHA, Fernando Whitaker da. **Democracia e cultura**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodvim, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

FERNANDEZ, Alberto Vicente. **Funcion creadora del juez**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

FONTELES, Nazareno *et al.* **Proposta de emenda a Constituição nº 33 de 2011**. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011 > Acesso em 12 de outubro de 2013.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

GARCIA, Juvêncio Gomes. **Função criadora do juiz**. 1ª ed. Brasília DF: Brasília Jurídica, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. São Paulo: WMF M. Fontes, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa: livro didático**. 2ª ed. rev. e atual. Palhoça: Unisul Virtual, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PHILIPS, Susan U. **Ideology in the language of judges**. New York: Oxford University Press, 1998.

PINHEIRO, Claudia Regina Reina. **Judicialização da política**. Fórum – Revista da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, junho/julho, 2002.

SILVA, Germano Marques da. **Introdução ao estudo do direito**. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.