

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

**TIAGO GONTIJO CUNHA  
LISBOA  
2018**

**TIAGO GONTIJO CUNHA**

**LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

**Dissertação apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Lisboa, como  
pressuposto à obtenção do título de  
mestre em Ciências Jurídico-Políticas.**

**Área de Concentração: Direito  
Constitucional.**

**Orientador: Professor Doutor Luís  
Miguel Prieto Nogueira Brito.**

**Lisboa  
2018**

## **PALAVRAS CHAVE**

CONSTITUCIONALISMO-CONTEMPORÂNEO; CONSTITUIÇÃO NORMATIVA; JURISDIÇÃO-CONSTITUCIONAL; LEGITIMIDADE-DEMOCRÁTICA; DIREITOS-FUNDAMENTAIS.

## **KEYSWORD**

CONTEMPORARY-CONSTITUTIONALISM; CONSTITUTIONAL-JURISDICTION; FUNDAMENTAL-RIGHTS. NORMATIVE-CONSTITUTION; DEMOCRATIC-LEGITIMACY;

## **RESUMO**

O constitucionalismo contemporâneo resultou do desenvolvimento da teoria das fontes no âmbito da Ciência do Direito. O princípio liberal da legalidade formal foi enriquecido com elementos éticos da realidade social, ganhando uma dimensão substancial. A lei perde a sua posição central de forma jurídica e fonte exclusiva do direito, atribuindo-se normatividade às fontes substanciais do direito decorrentes da realidade social. No Estado Constitucional de Direito há uma reaproximação entre direito, realidade e moral, superando-se a racionalidade lógico-formal do positivismo liberal. A Constituição é concebida como ordem normativa de valores consubstanciados em princípios e regras escritas hierarquicamente superiores, que subordina o exercício do poder político à efetiva realização dos direitos fundamentais como condição de uma sociedade verdadeiramente democrática. A normatividade é a qualidade dinâmica da norma constitucional, a aptidão de, a um só tempo, ordenar a realidade subjacente e de ser condicionada e estruturada por essa mesma realidade. Constitui, pois, o efeito do procedimento jurisdicional de concretização das normas constitucionais. A institucionalização da jurisdição constitucional, nesse contexto, promove a judicialização de questões políticas ensejando grande risco de ativismo judicial. As críticas a esse modelo constitucional, entretanto, sustentam-se em anacrônicos argumentos tópicos do positivismo liberal. Defendo nessa dissertação, contudo, que a jurisdição constitucional institui, no âmbito da separação de poderes, garantia de exercício democrático do poder político. A jurisdição constitucional enriquece a democracia representativa agregando-lhe instrumentos de democracia participativa, no contexto de uma "sociedade aberta de intérpretes da constituição". Representa, com efeito, fator de integração social. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional, entretanto, pressupõe a observação de limites objetivos e subjetivos atinentes ao ordenamento jurídico, à hermenêutica constitucional e ao exercício judicial de "virtudes passivas". Exige-se, pois, do juiz constitucional prudência, discricção, coragem, humildade e *self-restraint*, como condições subjetivas de exercício imparcial e objetivo da interpretação, concretização e aplicação da Constituição.

## **ABSTRACT**

Contemporary constitutionalism resulted from the development of theory of sources within the scope of the Science of Law. The principle of formal legality of liberalism was enriched with ethical elements of social reality reaching a significant dimension. The law loses its central position of legal form and the sole source of law. It is then attributed to the normativity to the main sources of Law. In Rule of Law and Constitutional State, law, reality and moral are brought together again, overcoming the logical, formal rationality of liberal positivism. The Constitution is conceived as the normative order of values, which are

embodied in principles and hierarchically supreme written rules that subordinate the exercise of political power to the effective fulfilment of fundamental rights as condition for a truly democratic society. Normativity is not only the dynamic quality of constitutional norm, but also the ability to order the subjacent reality and simultaneously being conditioned and structured by this same reality. It constitutes, therefore, the effect of the legal procedures of fulfilment of constitutional norms. Within this context, a institutionalization of constitutional jurisdiction promotes the judicialization of political issues posing considerable risk of judicial activism. The criticisms of this constitutional model are based on anachronistic topical considerations of liberal positivism. Nevertheless, on this dissertation, I defend that the constitutional jurisdiction establishes the guarantee of democratic exercise of the political power within the principle of the separation of powers. The constitutional jurisdiction enriches the representative democracy aggregating instruments of participative democracy within the context of a "society open to the interpreters of the constitution ". In fact, it represents a factor of social integration. The democratic legitimacy of the constitutional jurisdiction, however, presupposes the observation of objective and subjective limits pertaining to the legal framework, to the constitutional hermeneutics and to legal exercise of "passive virtues ". Therefore, it is required from a constitutional judge prudence, discretion, courage, humility and self-restraint as subjective conditions for the impartial and objective exercise of interpretation, fulfilment and enforcement of the Constitution.

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	7
1. DA JURISDIÇÃO NO ESTADO LIBERAL DE DIREITO À JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO .....	12
1.1. DA JURISDIÇÃO NO ESTADO LIBERAL DE DIREITO.....	13
1.2. DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO .....	20
1.3. DA DEMOCRACIA SOB UMA ACEPÇÃO SUBSTANCIAL DA LEGALIDADE.....	26
1.4. CONCLUSÃO DA PARTE HISTÓRICA.....	32
2. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO .....	34
2.1. INTRODUÇÃO .....	34
2.2. CONSTITUCIONALISMO MORALMENTE REFLEXIVO.....	39
2.2.1. Concepção: Fundamento Axiológico e Função da Constituição.....	42
2.2.2. Aplicação: Concretização a Partir de Uma Estrutura Normativa Aberta.....	46
2.2.3. Interpretação: Hermenêutica Constitucional .....	50
2.2.4. Garantia: Jurisdição Constitucional .....	63
3. ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO .....	66
3.1. TEORIA DAS FONTES DO DIREITO NO ESTADO LIBERAL E SUA REPERCUSSÃO NA SEPARAÇÃO DE PODERES .....	70
3.2. TEORIA DAS FONTES DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO E SUA REPERCUSSÃO NA SEPARAÇÃO DE PODERES .....	76
3.3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA .....	81

3.4. ATIVISMO JUDICIAL.....	83
3.5 CRÍTICAS NORMATIVAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	87
3.5.1. Liberalismo Político .....	90
3.5.2. Crítica de Habermas .....	96
3.5.3. Crítica de Waldron à Arbitragem Jurisdicional dos Desacordos Sociais Sobre o Conteúdo e o Alcance dos Direitos Fundamentais.....	98
4. FONTES DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	102
4.1. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO .....	104
4.1.1. Crise da Representatividade Parlamentar.....	106
4.2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	111
5. LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	118
5.1. LIMITES SUBJETIVOS - "VIRTUDES PASSIVAS" .....	122
5.1.1. Self-Restraint - Prudência.....	122
5.1.2. Imparcialidade e Independência - Discrição .....	123
5.2. LIMITES OBJETIVOS .....	125
5.2.1 Hermenêutica Constitucional - Metódica Estruturante de Müller.....	125
5.2.2. Teoria da Argumentação Jurídica e Fundamentação das Decisões Judiciais .....	127
5.2.3. Coerência e Integridade da Jurisprudência - Teoria dos Precedentes Judiciais ...	131
6. CONCLUSÃO.....	134
BIBLIOGRAFIA .....	139

## INTRODUÇÃO

O tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional é, hoje, uma das principais questões da teoria do direito constitucional. O processo de consolidação do Estado Constitucional Democrático de Direito passa, necessariamente, pela discussão sobre a legitimidade democrática e os limites da atuação judicial na esfera política pelo exercício da jurisdição constitucional. A lei, expressão da vontade soberana do povo, perdeu o *status* de supremacia que lhe era atribuído no Estado Liberal de Direito do século XIX, dando lugar à supremacia da Constituição no Estado Constitucional contemporâneo. Isso se deu em razão das transformações sociais desencadeadas a partir da revolução francesa e industrial, a massificação dos conflitos no contexto de sociedades plurais, a necessidade de se atribuir um fundamento ético de justiça ao ordenamento jurídico, a crise da democracia representativa e a constante violação de direitos fundamentais pelo legislador. Surgiu, então, a necessidade de conjugação e compatibilização da democracia com o Estado de Direito e de harmonização da política com o direito, vergando-a a este pela supremacia do poder constituinte em relação aos poderes constituídos e pela institucionalização da jurisdição constitucional.

No Estado Legislativo do constitucionalismo europeu pós Revolução Francesa, marcado pela soberania do Parlamento, a Constituição era considerada um mero documento político, desprovido de força normativa. A democracia realizava-se com a representatividade parlamentar do poder soberano do povo, sob o regime do princípio majoritário. O império da vontade parlamentar determinava a prevalência da política sobre o direito, subjugando-se, pois, minorias políticas ao arbítrio da maioria, negando-lhes, sob uma perspectiva ética, os mais elementares direitos como a igualdade e a liberdade. A separação entre política e direito, entretanto, foi concebida como premissa essencial à manutenção da liberdade dos indivíduos e, portanto, à realização da democracia. Nesse contexto, ela assume perfil meramente formal, desvinculada de qualquer pretensão popular de justiça ou de realização de suas necessidades elementares. O Estado Legislativo, contudo, veio se mostrar tão autoritário quanto o absolutismo monárquico, pois, a representação parlamentar da vontade soberana do povo, sob o pretexto de defesa da liberdade e do interesse público, buscava a satisfação de interesses

privados dos grupos com poder político<sup>1</sup>, em detrimento dos valores democráticos que se perdiam em meio à volúpia que normalmente emerge do exercício incontido do poder político. O Estado constitucional democrático de direito surgiu como reação ao absolutismo legislativo e à crise da representação parlamentar, estabelecendo a vinculação dos poderes constituídos às normas constitucionais. A Constituição, então, ganha força normativa para vincular os poderes legislativo, executivo e judiciário aos princípios constitucionais de justiça. São princípios permeados por valores democráticos que, positivados na Constituição mediante o exercício do Poder Constituinte Originário, constituem expressão maior da vontade soberana do povo, subordinando, pois, as decisões quotidianas dos poderes constituídos.

A estrutura normativa aberta da Constituição realiza, no constitucionalismo contemporâneo, a intercessão entre o universo político e o jurídico. Pois, autoriza o juiz intérprete a se valer da pauta axiológica, subjacente aos princípios constitucionais, para recriação do direito a partir de uma visão constitucionalizada do ordenamento. Essa intercessão constitui, na verdade, a reaproximação do direito com a moral, a imposição de um fundamento ético de validade ao exercício do poder político, consubstanciado na pretensão de realização da justiça. Esta, abstratamente prevista em princípios constitucionais, é concretamente realizada mediante a participação equânime da pluralidade social na definição da solução judicial a partir de considerações da realidade concreta. A institucionalização da normatividade de princípios constitucionais atribui, portanto, uma perspectiva substancial à democracia, pois permite a influência de valores e necessidades sociais da realidade na solução judicial de conflitos políticos.

Nesse contexto, a Constituição institui o Estado constitucional de direito servindo-lhe como fundamento de validade. Ao tempo em que cria os poderes políticos e disciplina-lhes o

---

<sup>1</sup> Esse contexto corresponde à concepção sociológica de Ferdinand Lassale e à relação de forças na Prússia, primeira metade do Séc. XIX, quando o rei Frederico Guilherme III prometeu uma Constituição e uma representação popular. Período em que a constituição do Estado Prussiano, na falta de uma folha de papel, consubstanciava a reunião dos fatores reais de poder que impunham sua vontade política sobre os desvalidos camponeses e operários, subjugando-os à tirania aristocrática. MEHRING, Franz (1908), introdução histórica no livro de Ferdinand Lassale, "O que é uma Constituição", LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002. Pag. 7 a 31.

funcionamento, a Constituição prevê princípios, estados ideais de coisas que devem ser promovidos, na maior medida possível, pelos poderes instituídos. Ela representa uma força de integração social, pois, revela valores e objetivos comuns da nação, além de instituir poderes instrumentais para concretizá-los em nome dela. Portanto, cria e distribui competências entre vários órgãos componentes da estrutura orgânica dos poderes públicos, prevendo direitos fundamentais que configuram, ora abstenções, ora prestações dirigidas ao Estado.

Nessa distribuição, coube aos órgãos do poder judiciário a jurisdição constitucional, competência criada com o fim de promover a prevenção e a harmonização dos conflitos que eventualmente possam surgir da intercessão entre as esferas política e jurídica. Constitui atividade jurídica inserida na esfera política, promove a invalidação (declaração de nulidade) de decisões que, embora tomadas no Parlamento por maiorias democraticamente formadas, revelam-se injustas pela violação dos limites materiais constitucionalmente fixados, as diretrizes axiológicas conformativas de direitos fundamentais que protegem minorias não representadas politicamente. Tais decisões, embora tomadas por maiorias democraticamente eleitas, qualificam-se antidemocráticas, pois configuram atos políticos que não observam o imperativo de igual consideração e respeito a todas as pessoas e grupos sociais. O controle de constitucionalidade institui função judicial de caráter político, pois, promove a invalidação de leis e atos normativos contrários à suprema expressão da vontade soberana do povo, positivada na Constituição. Sucede, entretanto, que muito além de meramente decotar expressões democráticas do Parlamento, contrárias à forma constitucional de criação legislativa - legislador negativo, como queria Kelsen, ao conceber, na Áustria, o controle concentrado a cargo dos Tribunais Constitucionais -, a jurisdição constitucional, no constitucionalismo contemporâneo, recria, difusamente, o direito a partir da axiologia constitucional, desempenhando, ainda que de forma limitada, também uma função política.

Essa dissertação defende a legitimidade democrática da jurisdição constitucional utilizando como premissa a teoria da integração de Hesse, a metódica estruturante de Müller na qual se insere e a teoria da argumentação jurídica. Entende-se que a jurisdição constitucional, se exercida dentro de padrões jurídicos e científicos de hermenêutica, além de não se mostrar antidemocrática, confere legitimidade democrática ao exercício do poder político, garantindo a observância do regime democrático e a manutenção da integração/pacto social formalizados na Constituição. A Constituição é a mais importante manifestação

normativa da vontade soberana do povo. Constitui um pacto social, que, ao subordinar o poder político aos fins constitucionais, pretende modificar e condicionar a realidade social pela promoção de uma pauta axiológica voltada à dignidade da pessoa humana. Pretende, pois, garantir efetiva tutela aos direitos fundamentais pela subordinação dos poderes constituídos à normatividade de princípios éticos, permeados por valores individuais e sociais, os quais devem ser, por eles promovidos, na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. O poder político, ancilar às finalidades constitucionais que é, deve ser exercido dentro dos seus limites materiais, com vistas à promoção da integração pela harmonização dos diversos interesses que compõe a sociedade pluralista. A jurisdição constitucional, nesse sentido, atua como garantia de exercício democrático do poder político, é garantia de que a soberania popular se traduza em exercício do poder pelo povo e para o povo, de onde emana, anulando os atos que transbordem das finalidades constitucionais ou sejam com elas incompatíveis.

Quando a jurisdição constitucional aplica a Constituição afastando a norma infraconstitucional, ela não está promovendo um atentado contra a democracia, ela está realizando uma função contramajoritária, ela protege a vontade popular estabelecida na Constituição, em detrimento de uma manifestação inconstitucional da vontade de uma maioria circunstancial no poder. Assim, além de preservar o pacto social pela integração e tutela das minorias, a jurisdição constitucional empresta legitimação democrática à própria representação política, pois, afasta o dogma da infalibilidade da lei e do legislador.

O trabalho é dividido em 5 partes. A primeira abrange o aspecto histórico apresentando os fundamentos teóricos da jurisdição no estado liberal legislativo, até hoje usados pelos críticos para questionar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. A segunda parte apresenta as características do estado constitucional a partir do constitucionalismo europeu, especificamente o moralismo reflexivo, analisando o fundamento axiológico da constituição, sua função, a aplicação do direito, a interpretação da Constituição através de métodos hermenêuticos alternativos ao método jurídico dogmático e a garantia da Constituição. A terceira parte dedica-se ao tema da ascensão institucional do poder judiciário, do protagonismo da jurisdição constitucional como detentora da última palavra acerca da interpretação da constituição e aos limites da atuação judicial no campo político. Na quarta parte, apresento

elementos que reforçam a tese da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, o princípio democrático e a teoria dos direitos fundamentais. Na quinta e derradeira parte, apresento os necessários limites da jurisdição constitucional, como fatores indispensáveis à efetiva realização da democracia em um contexto de judicialização da política.

## 1. DA JURISDIÇÃO NO ESTADO LIBERAL DE DIREITO À JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

É conhecida a afirmação de que a história é constituída por um movimento pendular. A história do direito não foge à lógica. Antes do Estado legislativo, submetido ao princípio da legalidade e à supremacia do Parlamento, o direito se originava da jurisprudência. A jurisdição não estava vinculada ao império da lei e da soberania popular, sua legitimidade decorria da justiça de suas decisões, aferidas a partir de um direito natural, de uma razão intrínseca à natureza humana, ou decorrente de uma razão divina<sup>2</sup>. O direito, nessa acepção, se confundia com o realismo e com o neopandectismo. O direito era aquilo que os juízes dizem que ele é, consistindo nas práticas interpretativas e argumentativas. Ocorre que, segundo Montesquieu, o exercício do poder tende a ser abusivo, enquanto não se lhe impõe limites. A liberdade, ademais, não se coaduna com a imposição de razões não legitimadas pelo consenso que decorre da soberania popular.

A criação do Estado legislativo, em movimento oposto ao realismo, implicou profunda transformação das concepções de direito, vinculando a jurisdição ao princípio da legalidade e ao formalismo cognitivo e interpretativo. Entretanto, o movimento legalista não conferiu justiça às decisões judiciais, nem garantiu liberdade, pois o Parlamento, assim como o Monarca absoluto, não encontrava limites, abusando não raras vezes do poder que lhe fora atribuído, sequestrando-o para a consecução de finalidades privadas, ou, estabelecendo restrições desproporcionais aos direitos, produzindo, conseqüentemente, situações de grande injustiça social.

Diante da necessidade de limitação do poder legislativo, adequação do seu exercício à consecução das finalidades constitucionais que o legitimam, e das quais é ancilar, o direito

---

<sup>2</sup> A distinção estabelecida no texto se baseia em duas Escolas Jusnaturalistas, a Escola Tomista cujo fundamento é o pensamento de São Tomás de Aquino e a Escola do Direito Natural ou do Direito das Gentes. Conforme a escola jusnaturalista Tomista existe um direito eterno que decorre da lei eterna, da razão de Deus, a qual nos é revelada parcialmente pela Igreja, e um direito natural revelado ao homem pela sua inclinação racional. A Escola do Direito Natural ou do Direito das Gentes, inspirada predominantemente pelo pensamento de Hugo Grócio, tem como fundamento um direito natural revelado pela razão humana e pela inclinação social do homem. A escola do direito natural de Grócio inspirou as teorias contratualistas e o pensamento iluminista do Séc. XVIII. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *O Poder Constituinte*. Pag. 52. São Paulo: Saraiva, 1985.

passou por novo movimento, constitucionalista ou neoconstitucionalista<sup>3</sup>, contrário ao legalista, em direção ao realismo jurídico que a este antecederia. Essa nova concepção do direito tem como fundamento a normatividade e supremacia de princípios constitucionais de justiça, normas dotadas de elevada indeterminação semântica e abertura axiológica.

Essa transformação, segundo Luigi Ferrajoli<sup>4</sup>, fez surgir um positivismo crítico destinado a dar ao juiz real possibilidade de determinar o conteúdo da lei, conformado à Constituição, através da interpretação e aplicação da ordem jurídica. No campo da hermenêutica, abandona-se a pretensão legalista de atribuir um significado pré-determinado ao texto legal, do qual o intérprete não podia se afastar sem que incorresse em usurpação da função legislativa, para lhe conferir função criativa de reconstrução do direito a partir de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, à luz do caso concreto e da axiologia constitucional. A atividade jurisdicional deixa de ser meramente declaratória, e reveste-se de natureza constitutiva. Supera-se o equívoco do positivismo jurídico de confundir o texto legal com a norma para se estabelecer distinção clara entre, objeto (texto) e resultado (norma) da interpretação. Entretanto, o poder de reconstruir o direito pela jurisprudência não é ilimitado, encontra limites para que não se crie um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. "Interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir"<sup>5</sup>. Razão pela qual o movimento pendular do constitucionalismo sofre a incidência de uma força tendente ao equilíbrio, a qual lhe confere nova direção, no sentido da limitação da jurisdição constitucional pelo respeito à normatividade constitucional e legal.

## 1.1. DA JURISDIÇÃO NO ESTADO LIBERAL DE DIREITO

No Estado liberal da Europa continental o princípio da legalidade foi estabelecido como meio de superar o antigo regime de monarquia absolutista. No *ancien régime* o Rei não

---

<sup>3</sup> A diferença na nomenclatura se deve às duas formas que podem ser vistas o movimento constitucionalista. "De um lado, ele pode ser entendido como a superação – em sentido tendencialmente jusnaturalista – do positivismo jurídico; ou, de outro, como o seu complemento. A primeira concepção, etiquetada como “neoconstitucionalista”, é certamente a mais difundida”. FERRAJOLI Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Artigo disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 13 Edição. São Paulo: Editora Malheiros. P. 36.

encontrava limites na lei, criava o direito ao mesmo tempo em que o aplicava na atividade administrativa e judicial. Essa concentração de poderes fragilizava o contrato social pelo qual os súditos constituem o Estado atribuindo-lhe poderes para a proteção da liberdade, da propriedade, da vida e da incolumidade física, os quais, no estado de natureza estavam em permanente risco. O poder concentrado tende a ser abusivo, desviar-se dos propósitos para os quais foi criado, servindo, pois, ao arbítrio.

O poder, para ser legítimo, deve ser exercido para a realização das finalidades que animaram a sua instituição. A propósito do contrato social democrático, John Locke, filósofo inglês que viveu no período da Revolução Inglesa, tendo como premissa a vontade soberana dos súditos, previu o direito à rebelião quando o poder é exercido com finalidades alheias àquelas para as quais foi instituído. Com efeito, o poder encontra fundamento de legitimidade no consentimento explícito dos governados. O exercício abusivo do poder, em desconformidade com a vontade da comunidade, é ilegítimo, ensejando o direito do povo à rebelião. "Se um governo subverte os fins para os quais foi criado e se ofende a lei natural, então, pode ser deposto"<sup>6</sup>. A concentração do poder é um forte estímulo ao abuso, configurando-se fonte permanente de instabilidade política. Nesse contexto, o princípio da legalidade foi erigido, no âmbito da separação de poderes, a principal fundamento de legitimidade do poder, constituindo relevante instrumento de limitação do poder do Estado em prol da segurança jurídica e das liberdades individuais.

O princípio da legalidade, com o objetivo de eliminar as tradições jurídicas do regime deposto, elevou a lei a um ato supremo. Ao instituir o Estado Liberal de Direito, substituiu o absolutismo monárquico pelo absolutismo do Parlamento. O ideal de liberdade conduziu a uma concepção de lei, segundo a qual, consubstanciaria o ato produzido mediante a representação popular. Nesse sentido, Schmitt ensina que o império da lei passou a significar império da representação popular<sup>7</sup>, elevando o parlamento a uma posição de supremacia absoluta.

---

<sup>6</sup> LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o governo*. Tradução de Júlio Fisher, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>7</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, p. 155 a 159. Madrid: Alianza, 1982.

Ensina Schmitt que, a noção tradicional de lei advinda da cultura europeia, de que não é vontade, mas razão - não é *voluntas* mas *ratio* -, no Estado liberal burguês cedeu espaço à noção absolutista Hobbesiana, em consonância à qual lei é vontade, não vale por suas qualidades morais, mas como ordem - *auctoritas, non veritas facit legem*. O direito constituir-se-ia na norma jurídica, cuja validade não deriva de sua correspondência com valores morais ou com princípios de justiça, mas das regras formais do processo legislativo, definidoras de competências e de procedimentos para a sua criação válida. Nesse sentido, Ferrajoli entende que o princípio da legalidade constitui uma metanorma que permite o reconhecimento do direito vigente, cuja validade estava desvinculada da sua justiça intrínseca.

Marinoni<sup>8</sup>, a propósito, observa que, diferentemente da revolução francesa, que instituiu o princípio da legalidade com o fim de substituir o absolutismo monárquico pelo absolutismo parlamentar, a revolução gloriosa eliminou o absolutismo. O *Rule of Law* inglês, assim, não se confunde com o princípio da legalidade. No direito inglês, o *Statutory Law* pode ser conjugado com outros valores e elementos metanormativos, dando origem ao sistema jurídico de *Common Law*, ao passo que a tradição jurídica de *Civil Law* do constitucionalismo europeu continental erigiu o princípio da legalidade como fonte exclusiva do direito.

O ideário de liberdade e igualdade da revolução francesa, com efeito, inspirou uma noção formal da legalidade de conteúdo liberal, ainda hoje presente nas concepções de direito da tradição romano germânica de *Civil Law*. De acordo com esse conteúdo, a administração pública só estava autorizada a fazer o que a lei autorizasse, enquanto os cidadãos podiam fazer tudo o que a lei não proibisse. A liberdade individual constituía a regra cuja exceção somente seria legítima se prevista na lei. Na perspectiva da administração, por outro lado, a legalidade impunha que o poder exercitar-se-ia, exclusivamente, para a consecução da finalidade expressamente consignada em lei. A legalidade, assim, ao tempo em que garantia uma esfera individual de liberdade livre da intervenção estatal, assegurava que o poder somente se exerceria na forma, nos limites e nas competências definidas em lei. O princípio

---

<sup>8</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, Vol. I, pag. 28. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

da legalidade pretendeu, pois, substituir o arbítrio que decorria da Monarquia absolutista pelo império da representação popular. Schmitt<sup>9</sup>, em relação ao princípio da legalidade, afirmou que a esfera de liberdade do indivíduo é originariamente ilimitada, somente pode sofrer restrições pela intervenção da vontade popular, única instância legítima para imposição de temperamentos à liberdade individual em prol da convivência harmônica em sociedade. O princípio da legalidade elevou o poder legislativo a uma posição de supremacia em relação aos poderes executivos e judiciário, o Parlamento foi instituído como única instância legítima de criação do direito.

A acepção formal do princípio da legalidade reduziu o poder judiciário ao mais fraco dos poderes, que destituído do poder do cofre e das armas, atribuído ao poder executivo, limitava-se a reproduzir a vontade popular prevista pelo legislador de forma clara, perfeita e completa na lei, fonte exclusiva do ordenamento jurídico. A atividade jurisdicional era, por essa razão, demasiadamente limitada. A garantia da liberdade impedia que o juiz, na interpretação da lei, levasse em consideração elementos metanormativos de ordem pragmática ou teleológica e elementos metafísicos decorrentes do direito natural. A natureza meramente cognitiva e declaratória da jurisdição constituía garantia de liberdade pela segurança jurídica que decorria da previsibilidade dos atos judiciais. Era, portanto, garantia que a liberdade individual não seria limitada em razão de interpretações criativas, que fossem além dos limites semânticos do texto normativo.

O Estado liberal idealizou a segurança jurídica como meio para realização da liberdade. Tinha como pressuposto a certeza do direito construída tanto pela pretensão de completude do ordenamento jurídico, quanto pela natureza declaratória e formal da jurisdição. Motivo pelo qual, no Estado liberal, a atividade judicial restringia-se à interpretação cognitivista e à aplicação lógico-formal da lei. Ao interpretar o juiz conhecia e revelava a vontade popular previamente determinada na lei; ao aplicar procedia a um raciocínio lógico-formal de silogismo, deduzindo-se a consequência jurídica que decorria da incidência normativa, da subsunção do fato à hipótese normativa. Segundo Montesquieu, não há liberdade se o poder de julgar não estivesse separado dos poderes Legislativo e Executivo, o

---

<sup>9</sup> SCHMITT, Carl. Ob. Cit., Pag. 138.

juiz é apenas *'la bouche de la loi'*<sup>10</sup>. Segundo ele, se os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.

Zagrebelsky ensina, a propósito da pretensão de completude do direito, que a intenção do legalismo era criar um ordenamento jurídico tão claro e completo quanto possível, com o fim de possibilitar apenas uma interpretação. A interpretação sistemática e a analogia eram mecanismos do método jurídico clássico de interpretação que permitiam a configuração da plenitude do direito<sup>11</sup>.

A realização da liberdade e da igualdade, contudo, exigia, além da completude do ordenamento e do caráter cognitivo da jurisdição, que o legislador também estivesse vinculado às leis que criava. Com vistas a essa finalidade, a lei foi revestida dos caracteres da generalidade e da abstração. A generalidade era uma garantia contra a elaboração de leis discriminatórias que impusessem restrições pessoais não extensíveis à generalidade das pessoas, o que constituiria, a toda evidência, afronta à igualdade formal e, por conseguinte, à liberdade. A abstração, por outro lado, era garantia de estabilidade do ordenamento jurídico, vedando-se ao juiz a conformação da lei às peculiaridades da realidade concreta. Nesse sentido Marinoni<sup>12</sup>, a partir da doutrina de Carl Schmitt, conclui que "o império da lei, como instrumento a serviço da liberdade burguesa, ganha conteúdo em contraposição à ideia de império de homens. Império da lei significa, antes de tudo, que o próprio legislador está vinculado às leis que edita. A vinculação do legislador à lei só é possível, todavia, enquanto a lei é uma norma com certas propriedades", a generalidade e a abstração.

---

<sup>10</sup> MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Garnier, 1869. Liv. XI, Cap. VI, P. 149.

<sup>11</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Pag. 32. Madrid: Trotta, 2003. "Com base nessas premissas a ciência do direito podia afirmar que as disposições legislativas nada mais eram do que partículas constitutivas de um edifício jurídico coerente e que, portanto, o intérprete podia retirar delas, indutivamente ou mediante uma operação intelectual, as estruturas que o sustentavam, isto é, os seus princípios. Esse é o fundamento da interpretação sistemática e da analogia, dos métodos de interpretação que, na presença de uma lacuna, isto é, da falta de uma disposição expressa para resolver uma controvérsia jurídica, permitiam individualizar a norma precisa em coerência com o sistema. A sistematicidade acompanhava, portanto, a plenitude do direito".

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. Cit. Pag. 31.

A igualdade que resulta do caráter de generalidade da lei, mera projeção da liberdade, tem apenas uma dimensão formal, a igualdade perante a lei, pois ignora as reais diferenças existentes entre os indivíduos. A lei geral aplica-se a todos indistintamente, não considera as especificidades e as particularidades que diferenciam o indivíduo na realidade. Além disso, ao legislador é vedado criar leis que estabeleçam distinções levando-se em consideração essas especificidades e particularidades, ainda quando razoáveis e estabelecidas como critério de equilíbrio. A igualdade formal, todavia, gerou um paradoxo. Acabou por esvaziar o conteúdo da liberdade que pretendia promover. Ao desconsiderar as diferenças reais existentes entre as pessoas e ignorar a existência de diferentes classes sociais, o Estado permitiu o exercício abusivo do poder privado daqueles de maior sorte na estrutura social sobre os mais desafortunados. Ao desconsiderar as necessidades e as diferenças sociais, físicas, biológicas e filosóficas existentes acabou subtraindo das pessoas a possibilidade de serem livres. Pois, ao mesmo tempo em que ao Estado era vedado criar discriminações positivas, oferecendo aos necessitados assistência material que lhes permitam competir com igualdade de armas, também lhe era vedado interferir nas relações jurídicas privadas para corrigir iniquidades, deixando o hipossuficiente duplamente desprotegido: face a ausência de prestação estatal e face ao arbítrio daquele que detém algum tipo de privilégio ou poder privado.

O Estado liberal burguês não intervinha nas relações privadas. Essa vedação constituía, na verdade, criação da burguesia ascendente para realização dos seus anseios econômicos de exploração mercantil, sem a intervenção estatal a criar óbices e restrições à liberdade de contratar e tributação excessiva que decorreria de uma maior assistência aos necessitados. O direito se preocupava, tão somente, com a proteção do indivíduo contra o exercício abusivo do poder estatal, negligenciando as relações horizontais e as necessidades sociais. Às situações de desigualdade eram dispensadas uma igualdade de tratamento, resultando em injustiça social pela acentuação da desigualdade material<sup>13</sup>. "Isso permitiu que a sociedade se desenvolvesse sob um asséptico e indiferente sistema legal ou mediante a

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Pag. 305. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. "As relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão dos poderes". "O Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas".

proteção de uma lei que, sem tratar de modo adequado os desiguais, tornou os iguais em carne e osso mais desiguais ainda"<sup>14</sup>.

Em razão da concepção positivista do direito adotada no Estado liberal, o exercício da atividade jurisdicional era marcado pelo cognitivismo interpretativo e pelo logicismo aplicativo. Com efeito, a interpretação da legislação tinha natureza meramente cognitiva, de conhecimento de uma solução normativa pré-existente no texto legal, havia uma fusão entre texto legal e norma. A interpretação era a revelação da vontade do legislador contida na lei. Segundo Montesquieu, "o poder de julgar deveria ser exercido por meio de uma atividade puramente intelectual, meramente cognitiva e logicista, não produtiva de direitos novos", era um "poder nulo"<sup>15</sup>. Nesse sentido, o Parlamento francês, após a Revolução Francesa, editou a Lei Revolucionária de agosto de 1790, dispondo expressamente que "os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo".

A jurisdição que, no âmbito de uma acepção positivista, legalista, do direito encontrava fundamento de legitimidade na legalidade formal, "metanorma de reconhecimento do direito vigente" - Luigi Ferrajoli -, não se revelava legítima sob uma perspectiva material, pois no âmbito da realidade social era injusta. O caráter cognitivo e logicista da jurisdição se revelava adequado à proteção da liberdade contra o exercício arbitrário do poder estatal, entretanto não garantia justiça às decisões nem protegia a liberdade contra o exercício abusivo do poder privado. A jurisdição neutra, asséptica, à igualdade material, aos valores morais e aos princípios materiais de justiça acabou por agravar a desigualdade material. Embora gozasse de legitimidade sob a dimensão formal da legalidade, carecia de legitimidade sob uma perspectiva substancial que exigia a promoção da justiça e da dignidade do homem.

O déficit de legitimidade substancial gerado pelo formalismo exagerado e a necessidade de pacificação social impuseram uma modificação na concepção legalista do direito, do princípio da legalidade formal, para dar lugar a um direito aberto ao sentimento de

---

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ob. cit.* Pag. 35.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Pag. 158. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

justiça da comunidade e a uma acepção substancial da legalidade, sujeitando-se o ordenamento jurídico ao influxo de valores, ideais e princípios metanormativos. A ideia de que o direito tem origem apenas no Estado perde espaço para a concepção de que o direito também é formado por um "complexo de valores identitários resultantes de um compromisso constituinte historicamente situado"<sup>16</sup>, formalizados a partir da coalização de uma pluralidade de forças sociais em uma pacto constituinte, a Constituição.

Nesse íterim, de constitucionalismo integrador axiologicamente aberto, Rudolf Smend, em reação ao positivismo normativo, esboçou um suprapositivismo axiológico fundado em axiomas éticos metanormativos, derivados dos valores democráticos, dos princípios materiais de justiça e da garantia dos direitos fundamentais na sociedade pluralista<sup>17</sup>. Essa corrente doutrinária, denominada pelo Prof. Blanco de Moraes como moralismo reflexivo, marcou a doutrina e a jurisprudência constitucional de vários Estados europeus e dos Estados Unidos da América; influenciou, ainda, correntes doutrinárias progressistas ibero-americanas como o neoconstitucionalismo, impactando diretamente a teoria geral da constituição, especialmente a metódica de interpretação da Constituição a ser observada pela jurisdição constitucional<sup>18</sup>.

## 1.2. DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O positivismo jurídico do Estado Liberal, estruturado a partir de uma dimensão meramente formal do princípio da legalidade, configurou o direito em algo neutro aos

---

<sup>16</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional. Tomo II, Volume 2*. Pag. 335. Coimbra: Coimbra Editora. Primeira Edição, 2014.

<sup>17</sup> O Prof. Blanco de Moraes ensina que "o suprapositivismo axiológico destaca-se como uma espécie de 'jus-naturalismo sem direito natural', intentando superar o positivismo normativo sem recurso a paradigmas metafísicos. Axiomas éticos de ordem superior, associados aos valores democráticos, ao princípio da Justiça material e à garantia dos direitos fundamentais numa sociedade pluralista constituíram o ponto de partida desta construção que influenciou significativamente a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão durante alguns anos. Este antropocentrismo politicamente liberal afirma-se como um 'personalismo laico' operante numa sociedade pluralista e multiforme, em que a função da Constituição será essencialmente a de integrar e garantir direitos e expetativas legitimamente tuteladas dos diversos grupos, setores e minorias". MORAIS, Carlos Blanco. Ob. Cit. Pag. 334.

<sup>18</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional. Tomo II, Volume 2*. Pag. 334 - 335. Coimbra: Coimbra Editora. Primeira Edição, 2014.

princípios gerais de justiça arraigados na consciência moral do povo, indiferente aos valores democráticos e à natureza intrínseca do homem como ser dotado de dignidade. Com efeito, a concepção do princípio da legalidade como simples "metanorma de reconhecimento do direito vigente"<sup>19</sup> privou o ordenamento jurídico de qualquer suporte ético de legitimidade conducente aos valores identitários de uma sociedade pluralista, revelando-se antidemocrático. A legalidade, outrossim, associada aos atributos de generalidade e abstração da lei, impôs uma abstenção estatal nas questões sociais que acabou por atingir a própria noção de homem como ser dotado de dignidade, privando-o dos direitos mais essenciais à sua existência, como condições adequadas de trabalho, saúde, educação e saneamento básico.

A tutela jurisdicional dos direitos fundamentais condicionava-se à "*interpositio legislatori*", à lei, cuja produção não se subordinava aos princípios constitucionais de justiça. O Parlamento, formado exclusivamente por representantes da burguesia, não tinha qualquer motivação para a positivação de direitos fundamentais. Pois, além de impor ao Estado elevado ônus financeiro, aumentando a tributação, conferir-lhe-ia maior poder de restrição à liberdade e à autonomia privada, gerando, por consequência, prejuízos aos interesses mercantilistas. O liberalismo econômico afastava o Estado da regulação dos negócios jurídicos, deixando os sujeitos da relação jurídica negocial absolutamente livres para contratar, "*pacta sunt servanda*", ainda que dela resultasse obrigações excessivamente onerosas para uma das partes. Com efeito, a positivação de normas de defesa do consumidor, de proteção das relações de emprego ou de conservação do meio ambiente, atributivas de posições jus-fundamentais, restringiria a autonomia privada e permitiria a intervenção do poder público nas relações privadas, o que não era conveniente aos interesses mercantis da burguesia.

---

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Pag. 31. Organização de Luigi Ferrajoli, Lênio Streck e André Karam Trindade. Editora Livraria do Advogado, 2012. "A tese de que todo ordenamento jurídico satisfaz, objetivamente, alguma pretensão de justiça e algum mínimo ético - de maneira que direito e moral estariam conexos, e a justiça, mesmo que em mínima medida, seria um elemento necessário do direito e uma condição de validade das normas jurídicas - significa, em suma, o mesmo que a velha tese jusnaturalista. Mas é, simultaneamente, uma tese que, no constitucionalismo antipositivista, termina por se converter na atual versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, em razão do qual os princípios constitucionais pretendem ser objetivamente justos. Trata-se, em ambos os sentidos, de uma tese exatamente oposta à clássica tese juspositivista da separação entre direito e moral - segundo a qual a existência ou validade de uma norma não implicam, de modo algum, a justiça, da mesma forma como a sua justiça não implica, de modo algum, sua validade - e que, simplesmente, é um corolário do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito existente".

O exercício do poder legislativo, neste contexto, revelava-se antidemocrático, pois, além de negligenciar o interesse de minorias parlamentares, que na realidade era a grande maioria da população, não produzia uma legislação correspondente a uma axiologia comunitária conducente a uma moral objetiva, uma noção geral de justiça. Esse déficit de legitimidade democrática impôs a integração de elementos materiais no princípio da legalidade, agregando-lhe uma dimensão substancial. O enriquecimento do princípio da legalidade por elementos éticos da realidade cultural alterou profundamente a ciência do direito e, por conseguinte, a própria noção de jurisdição que deixou de ser uma atividade meramente declaratória para investir-se de natureza constitutiva, criativa do direito a partir do caso concreto e dos valores jurídicos abstratos.

Os princípios constitucionais de justiça, conformadores de direitos fundamentais, em razão de sua abertura semântica, encontravam-se em estado permanente de virtual conflituosidade, motivo pelo qual aplicar-se-iam não por subsunção, mas por meio da ponderação no âmbito da argumentação jurídica. Além disso, por possuírem natureza normativa, não careciam de "*interpositio legislatoris*" para servirem de fundamento às decisões judiciais. Nesse sentido, há uma convergência do constitucionalismo axiológico com o realismo, uma identificação do direito com as práticas interpretativas e argumentativas dos juízes. Promoveu-se, portanto, uma reaproximação do direito com a moral pela incorporação de princípios materiais de justiça no ordenamento jurídico. A ideia de supremacia do Parlamento foi substituída pela ideia de supremacia e normatividade da Constituição, como ordem fundamental aberta aos diversos valores da sociedade pluralista.

A normatividade constitucional aberta ao influxo de valores éticos dá ensejo a uma nova concepção de jurisdição, atividade criativa controlada por meio da argumentação racional das decisões. Essa abertura decorre, no âmbito da hermenêutica jurídica, da distinção entre texto normativo e norma. A interpretação jurisdicional do direito deixa de ser uma atividade declaratória e assume natureza constitutiva, criativa de sentidos a partir do texto legal e da realidade concreta. "Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado". Não há, como pretendia

o Estado legalista, correspondência entre norma e dispositivo, sendo possível existir, segundo Humberto Ávila, norma sem texto e texto sem norma<sup>20</sup> e, conforme Paulo de Barros Carvalho, enunciados expressos e enunciados implícitos<sup>21</sup>. É o que acontece com o princípio da segurança jurídica, que, embora não encontre previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, tem, indiscutivelmente, natureza normativa<sup>22</sup>.

Até mesmo na doutrina juspositivista de Kelsen, no capítulo final da sua "Teoria Pura do Direito"<sup>23</sup>, reconhece-se, ainda que em menor medida, uma função criativa à interpretação, segundo ele o direito constitui uma moldura dentro da qual o intérprete tem várias possibilidades de aplicação.

No direito inglês, Herbert Hart<sup>24</sup> sustenta que a tessitura aberta das leis, *open texture*, ensinaria uma criação judicial do direito em casos cujas particularidades permitiriam mais de uma solução possível. Na doutrina norte americana, por sua vez, Ronald Dworkin, reconhecendo a influência da moral objetiva e a natureza criativa da interpretação jurisdicional do direito, procura reduzir os espaços de discricionariedade judicial com a ideia

---

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos princípios jurídicos*. Pag. 33. 13 Edição, 2012. São Paulo: Editora Malheiros

<sup>21</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. Pag. 42. São Paulo: Editora Saraiva. 23 Edição, 2011. "(...) há enunciados expressos e enunciados implícitos. O preceito constitucional que garante o direito de propriedade, por exemplo, está expressamente contido na redação do art. 5, XXII, da Carta Magna. Entretanto, a oração que proclama a isonomia das pessoas políticas de direito constitucional interno apresenta-se como enunciado implícito, extraído, por inferência, de duas formulações expressas: a que assegura o princípio federativo (autonomia dos Estados sob a égide da CF, art. 1) e a que consagra a autonomia dos Municípios (arts. 18, 29, 30 e 34, VII, 'c', da CF)".

<sup>22</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos princípios jurídicos*. Pag. 33. 13 Edição. 2012. São Paulo: Editora Malheiros.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. Pag. 387 e seguintes.

<sup>24</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

de que os princípios de justiça conduzem a uma única solução correta para o caso concreto<sup>25</sup>. Posição que mereceu contundentes críticas de parcela da doutrina portuguesa<sup>26</sup>.

Na perspectiva da ciência da legislação, a abertura do direito resultou do emprego de uma tessitura semântica indeterminada na redação das regras e da plasticidade dos princípios jurídicos, como a *boa fé objetiva*<sup>27</sup> regente das relações jurídicas de direito material e processual. Trata-se de autorização legislativa para que o juiz utilize elementos axiológicos da razão pública, presentes na cultura jurídica do povo, para integração do direito à luz da realidade concreta e da evolução social<sup>28</sup>. Trata-se de técnica legislativa destinada a aproximar o direito da realidade, mediante cláusulas gerais, textos normativos cuja hipótese normativa é criada em termos genéricos, vagos, e a consequência jurídica de forma

---

<sup>25</sup> Assim, mesmo diante de um enunciado normativo vago ou ambíguo, esgotada as potencialidades da linguagem, através da moralidade política, sempre seria possível ao juiz intérprete identificar "*one right answer*" a qual derivaria das bases morais localizadas em uma dimensão externa ao direito. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Pag. 68-71. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2001.

<sup>26</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. Pag. 359 -360. "A moralidade de Dworkin passou a ser, contudo, uma moral militante, de figuração algo maniqueísta e de objetividade duvidosa (...). O moralismo do autor encontra-se deste modo comprometido com uma visão ideológica liberal-progressista sobre determinadas causas elas próprias eticamente controvertidas, a qual pretende erigir a padrão de correção jurídica". Para Dworkin a ideia de Justiça envolve um compromisso com o que designa de moral objetiva, havendo no seu entendimento respostas corretas no plano do Direito para questões morais. (...). Deduz, por conseguinte, a imanência de um moralismo suprapositivo (e supostamente racional) que se supra-ordenaria no plano axiológico, político e jurídico sobre o Direito Constitucional positivo, posição que se encontra latente na crítica que o autor faz ao seu antecessor em Oxford, Herbert Hart. Para Dworkin os princípios morais aplicar-se-iam no ordenamento mesmo que não positivados e não haveria lacunas permeáveis à discricionariedade do juiz que estaria inibido de criar 'direitos novos', mas apenas casos difíceis que o mesmo juiz solucionaria com uma única solução justa a partir dos grandes princípios do ordenamento impregnados de valores de ordem moral".

<sup>27</sup> O princípio da boa fé objetiva estabelece obrigações de lealdade, de cooperação, de transparência, de solidariedade entre os sujeitos da relação jurídica, inserindo vedações e obrigações jurídicas implícitas à estipulação contratual, como o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, o *duty to mitigate the own loss*, *supressio (verwiking)* e a *surrectio (erwirkung)*.

<sup>28</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. Pag. 41 a 42. São Paulo: Editora Saraiva. 23 Edição, 2011. "Isolar os termos imprescindíveis à compostura do juízo lógico, entretanto, não é tudo. Feito isso, deve o jurista examinar os grandes princípios que emergem da totalidade do sistema, para com eles, buscar a interpretação normativa. A significação advirá desse empenho em que os termos do juízo são compreendidos na conformidade dos princípios gerais que iluminam a ordem jurídica. Assim, insistir na diferença entre texto do direito positivo e norma jurídica, sobre ser importante, é extremamente útil para o adequado entendimento do trabalho hermenêutico desenvolvido pelo cientista do direito. Este, conhecedor que é das noções jurídicas fundamentais, bem como das formas possíveis de combiná-las, saberá, por certo, interpretar aquilo que lê, à luz dos magnos princípios, produzindo as significações (normas jurídicas) da mensagem legislada."

indeterminada. Nelas há uma indeterminação semântica em todos os elementos da estrutura normativa que deve ser preenchida pelos elementos da realidade que se quer disciplinar<sup>29</sup>.

Essa técnica se contrapõe à técnica legalista casuística de "regulamentação por *fattispecie*", de determinação ou especificação da hipótese normativa e da consequência jurídica. "Nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados"<sup>30</sup>. A técnica legislativa de cláusulas gerais reforça a natureza criativa da jurisdição permitindo ao intérprete empregar valores, extraídos dos princípios constitucionais, para integrar a indeterminação semântica dos elementos componentes do dispositivo legal.

A jurisdição, nesse contexto, realiza atividade de concretização da cláusula geral, ao invés da subsunção do fato à hipótese normativa. O direito passa a ser construído a posteriori, pois é impossível ao legislador reproduzir no direito a complexidade da vida, que não pode ser regulada totalmente por esquemas lógicos abstratos, devendo se abrir às peculiaridades do caso concreto. Há uma concessão à tópica, pois, segundo Canaris, as cláusulas gerais revelam-se como "pontos de erupção de equidade", servindo à realização da justiça do caso concreto pela utilização dos *topois* ou argumentos decorrentes dos princípios gerais de justiça<sup>31</sup>. É importante registrar, todavia, que o sistema jurídico se vale tanto da técnica casuística, quanto da abertura por meio das cláusulas gerais. Com efeito, não há ordenamento jurídico totalmente fechado pela determinação absoluta dos preceitos, o que significaria engessamento à evolução social, nem ordenamento totalmente aberto pela indeterminação absoluta de suas prescrições, o que geraria insegurança jurídica pela ausência de previsibilidade das decisões judiciais.

---

<sup>29</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. Pag. 303 a 306. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>30</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Pag. 228 a 229. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 9 Edição.

<sup>31</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por Antônio Menezes de Cordeiro. Pag. 142. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2 Edição.

### 1.3. DA DEMOCRACIA SOB UMA ACEPÇÃO SUBSTANCIAL DA LEGALIDADE

A dimensão substancial do princípio da legalidade incorpora ao direito valores que elevam o homem a uma posição central, reconhecendo-lhe dignidade como qualidade intrínseca e essencial. A realização de um regime democrático pressupõe, dessa forma, o exercício do poder político com vistas à realização da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a institucionalização da jurisdição constitucional é fator essencial à democracia, pois equilibra a tripartição do poder como instrumento de constrangimento dirigido aos poderes legislativo e executivo para o desenvolvimento de uma agenda política comprometida com os valores democráticos e com a realização de direitos fundamentais. Pois, democracia é o exercício do poder para a realização do homem, voltado à criação de condições indispensáveis à existência digna do homem.

Sob uma perspectiva meramente formal da legalidade, "constatou-se que o *laissez faire* econômico não permitiu que as massas trabalhadoras usufríssem daqueles direitos formalmente inscritos nas Constituições"<sup>32</sup>. Neste contexto, surgem os direitos fundamentais de segunda geração, impondo ao Poder Público a obrigação de promover a igualdade material por meio de prestações correspondentes a um mínimo existencial, sem o qual o homem não tem existência digna.

A Constituição, portanto, "estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestações sociais

---

<sup>32</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. *Proibição do retrocesso*. Artigo publicado na Folha de São Paulo no dia 01/02/2018. Nesse sentido: "Os direitos fundamentais, tal como os conhecemos, são produto de uma evolução multissecular. Têm como base a tradição judaico-cristã, a filosofia grega, a jurisprudência romana e a teologia medieval. Entretanto só começaram a ganhar as feições atuais nas lutas contra o absolutismo monárquico, travadas ao longo do século XVIII, quando se consolidou a ideia de que os indivíduos possuem direitos inalienáveis e imprescritíveis, oponíveis ao Estado. Desde então, passaram a integrar as Constituições dos países avançados, com destaque para o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, abarcando ainda o direito de votar e de ser votado. Logo na centúria seguinte, no entanto, constatou-se que a desigualdade resultante de um *laissez faire* econômico não permitiu que as massas trabalhadoras usufríssem daqueles direitos formalmente inscritos nas Constituições, levando a revoltas e motins por toda parte. Nesse contexto, desenvolveram-se os direitos sociais, de segunda geração, que compreendem basicamente, o direito ao trabalho e a um salário mínimo; à limitação da jornada laboral; à proteção do menor e da gestante no serviço; bem assim o de fazer greve e de formar sindicatos".

(seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura), constituindo fundamento do Estado democrático" <sup>33</sup>. Concebe-se o Estado de bem estar social caracterizado, segundo Schmitt, pelo fim do monopólio da decisão estadual em razão da sua democratização, socialização e globalização destacando-se o impacto de fatores econômicos<sup>34</sup>. Há uma mudança na concepção de lei e de democracia, que deixa de ser fruto da vontade homogênea do Parlamento para se transformar em consenso, coalização do pluralismo de forças sociais e garantia de direitos fundamentais. Como decorrência lógica, altera-se a noção de fonte do direito, que deixa de ter origem exclusiva no Estado, para originar-se também na conflituosidade inerente a uma sociedade pluralista<sup>35</sup>.

A normatividade dos princípios constitucionais, para além de uma legalidade meramente formal que lhes recusava eficácia normativa, ensejou a vinculação do poder político à realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os princípios constitucionais de justiça, consubstanciados em direitos fundamentais, passaram a constituir diretrizes valorativas de orientação da atividade legislativa. Trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que, além de estabelecer um parâmetro de validade e diretriz para o legislador, constitui fundamento normativo de orientação da jurisdição constitucional no controle abstrato ou difuso de constitucionalidade.

---

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Pag. 130. 38 Edição. São Paulo: Ed. Malheiros., 2014.

<sup>34</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Ob. Cit.* Pag. 401. Apud Carl Schmitt, *El Nomos de La Tierra*. Madrid, 1979.

<sup>35</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e correção normativa do direito*. 2 Edição. São Paulo: Landy, 2004. Pag. 46. "A emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado, os quais desencadeiam, por conseguinte, a problematização da questão inerente à legitimação social e moral do próprio fenômeno jurídico, determinarão a superação das imagens da homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição central da lei, como forma jurídica e fonte do direito, que vinha ocupando no Estado legislativo. Com efeito, a dissolução da imagem homogênea do jurídico será a consequência das tensões a que se vê submetido o ordenamento jurídico dadas a multiplicidade e heterogeneidade das pretensões sociais que se dirigem ao mesmo. Deste modo, as tensões desagregadoras que afetam o direito no Estado liberal se expressarão, pelo menos, em duas vertentes: desde um prisma interno de perspectiva a partir da ruptura da própria concepção da lei, que de uma representação unívoca de um conjunto de interesses abstrata e homogeneamente concebidos desloca-se em direção a um ato permeado de interesses que estão em permanente conflituosidade e, no que concerne a uma vertente de caráter externo, o processo de normatividade da lei vincular-se-á não mais aos caracteres de uma codificação idealizada que pudesse abranger todas as preferências de uma sociedade cada vez mas plural, mas será concebido paralelamente aos processos autônomos de regulação social".

A Constituição deixa de ser um documento de domínio para instituir, segundo a doutrina norte americana, uma democracia dualista. Segundo a qual, a democracia é formatada com base em dois tipos de decisões: as decisões raras do povo tomadas no momento constituinte e as decisões cotidianas dos governantes. A supremacia normativa atribuída às normas constitucionais estabelece o predomínio das decisões raras do povo sobre as decisões cotidianas dos governantes. Destarte, confere-se proteção ao povo contra eventuais maiorias parlamentares tirânicas por meio do *judicial review*, no constitucionalismo norte americano, e do controle abstrato de constitucionalidade no constitucionalismo da Europa continental.

Ora, não é necessário proceder a uma análise crítica elaborada para se concluir que a atividade legislativa precisa ser controlada. A história é rica de exemplos em que o legislativo, sob as vestes da legalidade e da aparência de legitimidade, sucumbe ao *lobbying* de poderes econômicos, institucionais, religiosos, etc, editando atos normativos inconstitucionais - ou por restringir de forma desproporcional os direitos fundamentais, ou por incorrer em desvio de finalidade. A história nos mostra a existência de leis que, embora formalmente perfeitas, se chocam inequivocamente com os valores democráticos e com os princípios gerais de justiça. Inequívoca, portanto, a necessidade de controle democrático da legislação, é conhecida a lição de Montesquieu de que todo aquele que detém poder e não encontra limites tende a dele abusar. Esse controle foi atribuído à jurisdição constitucional, que além de não ser ilegítima, como sustenta os críticos positivistas, é fonte de legitimidade democrática da produção normativa do Estado<sup>36</sup>.

A dimensão substancial da legalidade, portanto, conferiu à democracia uma acepção funcional, segundo a qual, o poder deve ser exercido com o objetivo de promover, na maior medida possível, os direitos fundamentais. Carece de legitimidade democrática, portanto, a lei que introduz qualquer restrição desproporcional aos direitos fundamentais. Os princípios

---

<sup>36</sup> Autores como Jeremy Waldron e Learned Hand fazem uma severa crítica à ideia de vinculação da lei a valores éticos e princípios de justiça, negando legitimidade ao controle da atividade legislativa pelo poder judiciário. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999. HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1958. Aceitando o controle judicial da atividade legislativa, alertando, contudo, para a necessidade de *self restraint*, SUNSTEIN, Cass Robert. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press. 1999.

constitucionais de justiça, portanto, constituem valores democráticos que devem orientar o legislador na construção da lei, não podendo deles se afastar sob pena de inconstitucionalidade por desvio de finalidade. Nesse sentido, a democracia, conforme a concepção de Lincoln, é um regime político de *governo do povo, pelo povo e para o povo, 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*<sup>37</sup>.

Em uma sociedade pluralista, entretanto, o exercício democrático do poder deve resultar de um equilíbrio incessantemente renovado entre uma pluralidade de forças que são, a um tempo, rivais e cúmplices. Rivais, porque cada uma visa fazer prevalecer seus interesses e aspirações; cúmplices porque as relações que elas mantêm não podem ir jamais à ruptura, o que causaria a paralisia do sistema. O exercício do poder político não pode funcionar, senão por uma negociação constante entre os líderes da pluralidade de categorias, grupos e ideologias sociais. Trata-se do reconhecimento da pluralidade social como elemento de realização da democracia em uma sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas<sup>38</sup>.

O reconhecimento da pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos que compõe a realidade social, estabelece a necessidade de construção de um equilíbrio incessante entre as constantes e múltiplas tensões por meio da jurisdição constitucional. Nesse contexto, na medida em que a lei constitui reflexo da pluralidade social, tem o seu alcance e sentido atualizado pela evolução da realidade no âmbito de uma esfera pública, onde se desenvolve um processo público e aberto de interpretação das leis à luz da Constituição.

A dimensão substancial da legalidade revela, pois, uma concepção democrática dos direitos fundamentais como fundamento funcional da democracia. Além da vertente privada dos direitos pessoais - que assegura liberdade de expressão, de imprensa, religiosa, dentre

---

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Pag. 137.

<sup>38</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2 Edição, 10 vols. Paris: LGDJ, 1966 a 1977. T. VII/559.

outros -, a eles pode ser atribuída uma "vertente público-democrática" como pressupostos da democracia, pois criam as bases para o processo vital da sociedade aberta e plural<sup>39</sup>.

Os direitos fundamentais revelam, outrossim, sua natureza democrática pelo reconhecimento do seu *status activus processualis* - Jellineck -, que atribui ao Estado o dever de organizar procedimentos no âmbito dos quais viabilizam-se debates democráticos entre as diversas sensibilidades da pluralidade social. Neste contexto de legitimação democrática pela participação direta do cidadão na formação do direito, a jurisdição constitucional exerce papel essencial, funcionando como poder moderador para assegurar o equilíbrio do debate e a observância das regras do jogo<sup>40</sup>.

A noção de democracia substancial promove um incremento da função jurisdicional, atribuindo-lhe a tarefa de recriação do direito no âmbito de um processo público de interpretação da lei à luz da Constituição e da realidade concreta. A normatividade dos princípios constitucionais estabelece uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais, segundo a qual, estes direitos, além de conferirem posições jurídicas subjetivas aos seus titulares, constituem diretrizes axiológicas para a aplicação do direito em casos difíceis, sobretudo quando o enunciado normativo é constituído por hipótese de incidência e consequência jurídica indeterminados. A indeterminação semântica dos elementos normativos induz o juiz, em um processo público democrático, à concretização do programa normativo em conformidade com o âmbito normativo<sup>41</sup>. Considerando as peculiaridades do caso

---

<sup>39</sup> HABERLE, Peter. *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. Pag. 99. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. "A doutrina dos direitos fundamentais como 'fundamento funcional' da democracia significa o seguinte: os direitos fundamentais têm uma vertente privada e altamente pessoal e uma vertente público-democrática. As liberdades de opinião e de imprensa, e, também, em um sentido mais profundo, as liberdades científica e artística constituem o pressuposto de uma democracia que funciona. Embora a liberdade de opinião seja 'o ar vital necessário' do indivíduo (R. Smend), cria a base para o processo vital global do pluralismo em liberdade, sem o que uma democracia não pode existir".

<sup>40</sup> Nos moldes da democracia discursiva de J. Habermas. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Pag. 1.416 a 1.417. Coimbra: Ed. Almedina, 2003, 7 Edição.

<sup>41</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. Pag. 15. Tradução: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. "Deve-se chamar a atenção ao fato de que estrutura da norma designa como conceito operacional entre o nexo entre as partes conceituais integrantes de uma norma (programa da norma - âmbito da norma) e não, e.g., as relações entre os pontos de referência da teoria tradicional do direito (como ser e dever ser, suporte fático e consequência jurídica, norma e conjunto de fatos). Os elementos estruturais mencionados atuam conjuntamente no trabalho efetivo dos juristas de um modo ao qual se

concreto, o juiz determina a extensão e o alcance do enunciado normativo atribuindo-lhe um sentido que esteja em consonância com os princípios constitucionais. Dessa forma, aquela ideia de que o juiz é apenas *la "bouche de la loi"*, de que a jurisdição realiza uma mera atuação formal da lei, cede espaço para uma jurisdição que recria o direito a partir da interpretação conforme à Constituição<sup>42</sup> à luz das peculiaridades do caso concreto. O ordenamento jurídico passa a ser compreendido sob o filtro dos valores éticos da comunidade, consubstanciados nos princípios constitucionais. Nesse sentido, a jurisdição constitui atividade de recriação da lei e garantia de legitimidade democrática da política.

A dimensão substancial do princípio da legalidade, subordinando a lei à Constituição, destarte, implicou uma transformação que afeta as próprias concepções de Estado democrático, direito e de jurisdição.

Se no Estado liberal de direito as Constituições significavam uma mera carta política de intenções, sem força normativa, normatividade essa relegada exclusivamente à lei, em que os direitos fundamentais subordinavam-se à previsão legal, no Estado constitucional, a Constituição tem força normativa. Com efeito, não são mais os direitos fundamentais que subordinam-se à lei, mas a lei que se conforma aos direitos fundamentais. Além disso, não só os direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição, mas também os direitos fundamentais implicitamente decorrentes dos princípios constitucionais têm força normativa para vincular a atividade legislativa e servir de diretriz para a interpretação judicial da lei. Riccardo Guastini, fazendo referência à doutrina positivista legalista que não reconhece força

---

atribui normatividade. Normatividade não significa aqui nenhuma força normativa do fático, tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica. Ela pressupõe a concepção da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. Normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar a realidade que lhe subjaz - normatividade concreta - quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade - normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como processo real de decisão".

<sup>42</sup> Nesse sentido, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Ob. Cit. Pag. 37: "(...) é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto".

normativa à constituição, um mero "manifesto político", ensina que, "*um dos elementos do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, da ideia oposta, ou seja, da ideia de que toda norma constitucional - independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo - é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos*"<sup>43</sup>.

#### **1.4. CONCLUSÃO DA PARTE HISTÓRICA**

Conclui-se, ao final desta parte histórica, que o movimento pendular da história constitucionalista apresenta-se, atualmente, com o seu pêndulo posicionado em uma das extremidades de sua trajetória. Eis que a jurisdição constitucional se coloca, claramente, em posição proeminente face aos demais poderes a ponto de provocar um contraste em relação a uma separação de poderes democraticamente ideal.

Assim como o poder legislativo se mostrou abusivo no Estado liberal de direito, quando ocupava posição de destaque, o poder judiciário, no Estado constitucional de direito, tende a ser abusivo ao ser dotado de poderes além da medida razoável. Contexto que faz incidir uma força no movimento pendular contrário à posição extremada de uma jurisdição constitucional ilimitada.

Essa força tende a conferir ao movimento constitucionalista uma posição de equilíbrio que a ciência do direito constitucional tenta estabelecer a partir das noções dogmáticas de democracia, Estado de direito e postulados metanormativos da hermenêutica constitucional. Com efeito, ao ingressar no campo político para garantir normatividade à Constituição, o judiciário pode extrapolar o campo da legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

A indeterminação semântica dos princípios permite o exercício do vício judicial, que se manifesta quando os juízes, esquecendo-se das qualidades da virtude<sup>44</sup>, o equilíbrio e a

---

<sup>43</sup> GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Pag. 53. Madrid: Trotta, 2001.

<sup>44</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007. Pag. 70 e 77: "Em primeiro lugar, temos que observar que as qualidades morais são de tal modo constituídas que são destruídas pelo excesso e pela deficiência. (...) O excesso e a deficiência são uma marca do vício e a observância da

prudência, essenciais à judicatura, ingressam ou no excesso interpretativo ou na sua escassez. Excesso por permitir que valores pessoais, preferências ideológicas e visões particulares de mundo ingressem em suas decisões sob as vestes de princípios constitucionais de justiça<sup>45</sup>. Escassez pela visão extremamente formal da lei o que fragiliza a normatividade dos princípios constitucionais.

Tanto em um caso como no outro há déficit de legitimidade democrática. Portanto é necessário, a partir da ciência jurídica constitucional, fixar limites ao exercício democrático da jurisdição e estabelecer mecanismos de controle.

---

mediania uma marca da virtude(...)". "A virtude é um meio termo entre dois vícios, um pelo excesso e outro pela falta".

<sup>45</sup> Nesse sentido, o Min. Prof. Gilmar Mendes, em entrevista à Folha de São Paulo no dia 6 de Fevereiro de 2018, nominou de infantilismo judicial a liminar que suspendeu a posse da Dep. Cristiane Brasil nomeada pelo Presidente da República ao Ministério do Trabalho. A liminar invocando o princípio aberto da moralidade, positivado no art. 37 da CRFB/88, suspendeu a posse da Deputada por figurar ela no polo passivo de lides trabalhistas e por já ter sido condenada nesta mesma jurisdição. Ao assim agir, o juiz deixou transparecer preferências partidárias e animosidades pessoais contra o chefe do Governo, Michel Temer. " Será que nenhum juiz tem ação trabalhista? (Cristiane Brasil foi impedida de tomar posse por responder a processos trabalhistas). Chega a ser engraçado. O moralismo é o túmulo da moral. Agora, por que isso está ocorrendo? Pela debilidade do governo. Se fosse um governo normal, forte, que não tivesse passado por tantos percalços, quem ousaria dar essa liminar? Ela não duraria um minuto. Porque é um caso de **infantilismo judicial**". Entrevista acessível em (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/supremo-vive-bolivarianizacao-de-forma-invertida-diz-gilmar.shtml>).

## **2. O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

### **2.1. INTRODUÇÃO**

Na primeira parte desta dissertação abordamos a história do movimento constitucionalista dando ênfase às características da função jurisdicional, tanto no âmbito do Estado liberal de direito quanto no âmbito do Estado constitucional de direito. Procurei demonstrar que os valores democráticos da liberdade e da igualdade não poderiam ser realizados no jus-positivismo do Estado liberal, pois em um contexto de jurisdição cognitivista, meramente declaratória, o poder legislativo, hipertrofiado e sem controle, tenderia a ser abusivo, revelando-se antidemocrático. Por outro lado, a realização dos valores democráticos no âmbito de um Estado constitucional poderia frustrar-se se o exercício da jurisdição constitucional se revelasse vicioso, excessivo, na tarefa de garantir normatividade aos princípios constitucionais de justiça.

Com efeito, desde a antiguidade, na Grécia, o constitucionalismo elegeu a democracia como regime ideal de governo, cujo grau de efetivação variou no tempo em conformidade com a realização dos valores democráticos de igualdade e liberdade estabelecidos como fundamento e objetivo de todo Governo cujo poder emana do povo, é exercido em nome do povo e em função do interesse público geral. No constitucionalismo contemporâneo, os valores de igualdade e liberdade são efetivados através da garantia dos direitos fundamentais, elevados a fundamento e objetivo da sociedade democrática com normatividade constitucional suficiente para atrair a jurisdição constitucional como instrumento de realização e fiscalização.

Interessa pois, no contexto de constitucionalismo contemporâneo, delimitar o âmbito de atuação democrática da jurisdição constitucional a partir destes valores democráticos. Com efeito, a Constituição atribuiu ao judiciário uma função contramajoritária para evitar que as maiorias circunstanciais do poder, sob as vestes da democracia e do princípio majoritário, se convolassem em "tirania da maioria" subjugando as minorias por meio de leis que restringissem de forma desproporcional os direitos fundamentais positivados na Carta Política.

Contudo, a divisão constitucional de poderes no constitucionalismo contemporâneo, na maioria das sensibilidades doutrinárias, configurou o poder judiciário como um poder autorreferente, cujas decisões são controladas internamente, no âmbito corporativo de suas próprias estruturas. Atributos que, diante da plasticidade dos princípios constitucionais e indeterminação semântica das regras, ensejou um desequilíbrio no balanceamento da divisão de poderes, a ponto de vulnerar o princípio democrático e, portanto, de criar risco de rupturas constitucionais pelo exercício abusivo do poder judicial.

A manutenção desse modelo constitucional exige, como fator de equilíbrio, a neutralização política do poder judiciário. É necessário neutralizar os elementos subjetivos presentes na convicção pessoal dos juízes, que, sob a forma de enunciados normativos abertos, poderiam fundamentar decisões pragmáticas e propiciar favoritismos ou perseguições políticas. A jurisdição constitucional deve se assentar em suportes que lhe atribuam legitimidade democrática. Nesse contexto, busca-se legitimidade a partir da adesão da sociedade mediante a conformação do processo decisório às técnicas hermenêuticas, a adequação da decisão aos princípios materiais da Constituição, o exercício de um "*self restraint*" judicial, da controlabilidade interna das decisões pela previsão de um sistema recursal, de uma forma mais democrática de escolha dos juízes constitucionais e por meio da criação de procedimentos públicos de interpretação da Constituição por todos aqueles que vivenciam a realidade constitucional.

Avulta a relevância de se conceber dogmaticamente uma noção de democracia que seja consonante à promoção dos valores que lhe são subjacentes e que justifique a elevada função política contramajoritária atribuída à jurisdição constitucional. Democracia, nesse sentido, é concebida como "forma constitucional de governo da maioria, que, sobre a base da liberdade e da igualdade, assegura às minorias no Parlamento o direito de representação, fiscalização e crítica". Se assenta, pois, em dois pilares ou princípios fundamentais, soberania popular - povo como única fonte de poder - e participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que o poder consubstancie efetivamente a expressão da vontade popular. Dessa

forma, a liberdade e a igualdade substancial são valores democráticos que devem ser perseguidos pelo Estado para a realização prática da democracia<sup>46</sup>.

No Estado liberal de direito, como sustentado na primeira parte desta dissertação, o emprego da técnica majoritária na formação da vontade geral constituía a única forma de legitimação democrática do poder político. Esse modelo revelou grande déficit de legitimidade democrática, pois a maioria parlamentar nem sempre exprimia a representação da maioria do povo. A ausência de controle jurisdicional permitiu que o sistema eleitoral fosse estruturado de forma a obstaculizar o acesso de grande parcela da população. Desta forma a legislação nem sempre refletia a aspiração do povo, ao contrário, refletia os interesses da aristocracia burguesa representada no Parlamento. Além disso, verificou-se que a igualdade da sociedade burguesa era assegurada apenas formalmente, somente no plano do direito, o que ensejou uma desigualdade material que não se coadunava com a efetivação da democracia no plano fático. Por outro lado, não havia liberdade, pois a imposição de restrições à liberdade pelo Parlamento não exprimia a vontade soberana do povo, as leis constituíam expressão da vontade de uma maioria parlamentar que exercia o poder, não para as finalidades democráticas, mas para satisfação de interesses aristocráticos, configurando-se, portanto, arbitrário.

No Estado Constitucional, entretanto, a pretensão de realizar estes valores no plano fático, material, não meramente no plano formal das leis, exigiu a observância dos valores democráticos sob uma perspectiva substancial. Concebeu-se, portanto, no plano da normatividade constitucional, a noção de democracia como "regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem". Os princípios constitucionais de justiça, conformadores de direitos fundamentais, dotados de força normativa passaram a vincular a política, sob controle da jurisdição constitucional. Nesse sentido José Afonso da Silva afirma que, "(...) a democracia - governo do povo, pelo povo e para o povo - aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante. Os direitos econômicos e sociais são de natureza igualitária, sem os quais os

---

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ob. Cit. Pag. 133 e 134.

outros não se efetivam realmente. É nesse sentido que também se pode dizer que os direitos humanos fundamentais são valores da democracia. Vale dizer: ela (democracia) deve existir para realizá-los, com o que estará realizando a justiça social"<sup>47</sup>.

A realização da democracia, portanto, no Estado Constitucional de direito, pressupõe, necessariamente, uma Constituição que estabelece o estatuto do político e a vinculação do poder público à efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>48</sup> assinala que "correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem".

A submissão do poder político ao direito, à realização dos direitos fundamentais, somente pode ser assegurado através de uma lei fundamental superior que promova a organização do Estado, discipline o exercício do poder pela previsão da separação de poderes e proclame direitos fundamentais garantindo a sua efetividade por meio da tutela jurisdicional. A relevância da proclamação de direitos fundamentais à democracia, no constitucionalismo brasileiro, foi salientada no preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, ali se destaca que a instituição de um Estado Democrático é destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança<sup>49</sup>. Com efeito, "o poder do Estado submete-se ao direito porque a Constituição o impõe e os tribunais asseguram essa imposição". Nesse sentido, o art. 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão diz que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis

---

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. Cit. Pag. 134.

<sup>48</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Pag. 135. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco - 10 Edição, 2015. São Paulo: Editora Saraiva.

<sup>49</sup> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL".

do homem, enquanto o art. 4 da mesma Declaração afirma que o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.

Neste contexto de realização da democracia, em uma acepção de suprapositivismo axiológico, a Constituição é conceituada, nas palavras do Prof. Blanco de Moraes, "*como um conjunto de regras e princípios contidos numa lei escrita de hierarquia superior que, com base num complexo de valores identitários resultantes de um compromisso constituinte historicamente situado, ordenaria não só o poder político, de acordo com os limites inerentes à exigência da separação de poderes, mas garantiria também a proteção ativa dos direitos fundamentais dos cidadãos*"<sup>50</sup>.

A Constituição, como documento jurídico que disciplina o poder político, tem natureza híbrida - jurídica e política - motivo pelo qual a jurisdição constitucional se vê frequentemente decidindo questões políticas. Ora, em democracia, são questões que deveriam ser solucionadas por meio da representação popular no Parlamento. Os membros do judiciário não são eleitos democraticamente, portanto, questiona-se a legitimidade democrática da solução judicial de questões políticas. Sobretudo quando a base normativa sobre a qual os juízes se fundamentam tem natureza principiológica, abrindo-se a solução às valorações pessoais que embora encontre ressonância na axiologia constitucional, devem corresponder a um consenso público acerca de justiça. É necessário saber, portanto, quais os limites do poder jurisdicional para que a sua função democrática de fiscalização do poder político não se converta em arbítrio judicial, governo dos juízes, ou em uma aristocracia judicial.

No próximo capítulo, passo a descrever o Estado constitucional de direito a partir da sensibilidade doutrinária da Teoria da Constituição que influenciou o movimento constitucionalista na Europa continental, EUA e América do Sul. Nessa tarefa pretendo avaliar a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional a partir de sua coerência à finalidade constitucional que presidiu a sua instituição no constitucionalismo

---

<sup>50</sup> MORAIS, Carlos Blanco de Moraes. Ob. Cit. Pag. 335.

contemporâneo, qual seja, a promoção dos valores democráticos a partir da efetiva garantia de direitos fundamentais.

## 2.2. CONSTITUCIONALISMO MORALMENTE REFLEXIVO

O Direito Constitucional assenta-se em uma Ciência Jurídica, que, no plano dogmático, situa as normas constitucionais no vértice do sistema jurídico, irradiando efeitos para todo o ordenamento jurídico. A Ciência do Direito Constitucional tem por objeto a realidade social e o direito que a rege, especialmente a relação de poder entre Estado e cidadãos. Tem por finalidade fornecer paradigmas de funcionamento das relações de poder, modelos estatais adequados à promoção do homem como ser dotado de dignidade. A ciência jurídica não apenas descreve a realidade social e o direito, mas também contribui para a sua criação e transformação propondo soluções idôneas para conferir normatividade à Constituição, atributo de eficácia para adequação da realidade social aos seus paradigmas axiológicos, mediante uma forma de governo efetivamente democrática<sup>51</sup>. Ela, a ciência do direito, estabelece, portanto, um modelo de concepção, aplicação, interpretação e garantia do Direito Constitucional ideal à criação de uma ordem antropocêntrica, destinada ao homem e à criação de pressupostos para sua existência digna. Enuncia expressa e implicitamente direitos fundamentais e estabelece meios de sua efetivação na realidade social, conformando-a às exigências do bem comum.

Com efeito, a ciência do Direito Constitucional, nas palavras do Prof. Blanco de Moraes, <sup>52</sup>"contribui para a criação e justificação de critérios metódicos, procedimentos e remédios que são aptos, por vezes, a transformar o mesmo direito, através de inovações doutrinárias e jurisprudenciais albergadas em teorias específicas. Isto sem que a mesma Ciência se comprometa com eles, salvo situações de alargado consenso ou enraizamento de propensão dogmática".

---

<sup>51</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Ob. Cit.* Pag. 306 e 307. "A ciência do Direito Constitucional é servida por uma teoria constitucional, de alcance geral, que fornece modelos explicativos sobre o modo como o Estado e a Constituição interagem, como os tipos de Estado logram ou não dar respostas aos problemas concretos da sociedade

<sup>52</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Ob Cit.* Pag. 307.

O constitucionalismo ou movimento constitucionalista é fruto do desenvolvimento das ciências do direito, representa o nascimento das constituições positivas, escritas e rígidas, erigindo o Estado de Direito de matriz liberal no Séc. XVIII. A evolução do constitucionalismo atribuiu às constituições eficácia normativa e hierarquia de supremacia, instituindo o Estado social de direito, a exemplo da Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana nas duas primeiras décadas do Séc. XX. Logo depois, a morfologia aberta das Constituições e a institucionalização de uma Justiça Constitucional qualificou o Estado Constitucional de direito, agregando-lhe elementos democráticos correspondentes a um conjunto de valores ligados à liberdade e à igualdade material, consolidados em princípios constitucionais de justiça. São princípios normativos que, sob uma perspectiva objetiva, orientam a atuação dos poderes públicos e, sob uma perspectiva subjetiva, instituem obrigações e deveres, tanto ao Estado como aos cidadãos, para sua efetiva concretização na realidade, criando condições adequadas para que o homem tenha uma existência digna.

Os vários modelos constitucionais concebidos no âmbito do movimento constitucionalista derivam de diferentes propostas teóricas desenvolvidas pela ciência do direito constitucional. A realidade empírica, a evolução social e o desenvolvimento doutrinário conformam as várias teorias de ordem a criar condições e paradigmas de exercício e relações de poder adequadas ao regime democrático. O constitucionalismo, embora constitua um único movimento democrático de racionalização do exercício do poder político, é servido por uma pluralidade de concepções doutrinárias<sup>53</sup>.

Em razão da atual configuração de Estado presente na maioria das sociedades ocidentais, cabe-nos analisar a doutrina denominada moralismo reflexivo. Trata-se de um modelo constitucional integrador, atinente a um suprapositivismo axiológico tendente a reunir uma pluralidade de concepções de mundo em uma unidade política de ação formalizada no pacto constitucional. É necessário, pois, descrevê-la e criticá-la nos pontos de fragilidade. A crítica é imprescindível à construção de um modelo melhor, aliás, diante das deficiências humanas e da riqueza da vida, há que se reconhecer que não há verdade absoluta, nem concepções perfeitas e prontas, estamos em constante desenvolvimento.

---

<sup>53</sup> MORAIS, Carlos Blanco. Ob. Cit. Pag. 304.

O moralismo reflexivo é uma doutrina que começou a ser concebida por Smend, na Alemanha do período entre guerras. Ela foi desenvolvida e aperfeiçoada por seus seguidores: Hesse, Canotilho, Häberle e Müller, influenciando o direito constitucional de vários Estados da Europa continental, dos EUA, e a configuração do neoconstitucionalismo na América Latina<sup>54</sup>. Almeja-se, através dela, analisar a institucionalização e a função da jurisdição constitucional de promoção dos valores democráticos no âmbito de uma sociedade pluralista, de forma a lhe definir fundamentos democráticos de legitimidade. Trata-se de definir o constitucionalismo integrador, axiologicamente aberto a partir da Constituição da unidade, além de examinar a institucionalização da Justiça Constitucional a partir dos seus pressupostos de legitimidade democrática e da separação de poderes.

Segundo esse modelo constitucional, concebe-se, nos termos já declinados neste trabalho, a Constituição como um conjunto de valores identitários resultantes de um pacto constituinte, contido em uma lei escrita, rígida e hierarquicamente superior, que disciplinaria o exercício do poder de acordo com os limites inerentes à separação de poderes e garantiria proteção efetiva aos direitos fundamentais. A aplicação da Constituição, diferentemente da subsunção do modelo liberal lógico-formal, se dá através da concretização, definindo-se o programa normativo a partir do texto legal e do âmbito normativo, em uma relação de influências recíprocas nos termos da teoria estruturante de Müller, "uma ajustabilidade do direito ao caso concreto como forma de modulação do direito ao mundo do ser, bebida na prática jurisprudencial"<sup>55</sup>. A interpretação da Constituição parte da premissa da distinção entre texto e norma, constituindo atividade judicial criativa, função que ganhou proeminência em relação às demais funções estatais em razão do peso substancial atribuído aos valores e princípios de ordem metajurídicos no campo da hermenêutica constitucional. Finalmente, a garantia da constituição seria assegurada por meio da jurisdição constitucional, um sistema híbrido de fiscalização de constitucionalidade, misturando elementos do *judicial review* norte americano de controle difuso, com elementos da fiscalização abstrata e concentrada do modelo europeu austríaco.

---

<sup>54</sup> MORAIS, Carlos Blanco. Ob. Cit. Pag. 334 - 335.

<sup>55</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. Pag. 342.

## 2.2.1. Concepção: Fundamento Axiológico e Função da Constituição

### 2.2.1.1. Fundamento Axiológico da Constituição

O modelo moralmente reflexivo de Constituição conduz a uma noção axiológica, segundo a qual a Constituição representa um conjunto de valores que identificam a nação como uma unidade política. Constitui um corpo normativo escrito, rígido e supremo consubstanciado em princípios gerais de justiça e regras semanticamente indeterminadas que condensam valores decorrentes de axiomas éticos de ordem superior comprometidos com a democracia, com a justiça material e com a garantia de direitos fundamentais em uma sociedade pluralista. Trata-se de um conceito axiológico e antropocêntrico de Constituição tendente à integração da sociedade pluralista em uma unidade política de ação<sup>56</sup> fundada na razão pública. Busca-se um consenso, entre as diversas concepções morais de justiça, diretivo da atuação do Estado na realização da dignidade da pessoa humana. O objetivo político do regime democrático de governo é a realização da dignidade, mediante efetiva proteção e realização dos direitos fundamentais, como condição *sine qua non* da igualdade material e liberdade, sem as quais não há participação legítima na formação da vontade política do Estado.

A Constituição axiológica tem força normativa. De modo diverso da concepção sociológica<sup>57</sup>, nominal de Constituição, mera descrição da soma dos fatores reais do poder, a normatividade constitucional pretende conformar a realidade mediante a institucionalização

---

<sup>56</sup> HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução de Carlos Almeida, Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. Pag. 4. "Onde, partindo da pluralidade de vontades, já não é possível formar uma vontade conjunta vinculante, e onde já não se consiga estabelecer e realizar, pela via do entendimento ou das decisões majoritárias, os objetivos políticos, sucumbe o Estado como unidade política de ação. Seu nascimento e existência ficam condicionados ao êxito do processo de integração estatal, no que acertadamente se contempla um elemento fundamental de sua existência".

<sup>57</sup> Lassale sustenta, em sua obra "*A Essência da Constituição*", que a Constituição de um país é, em essência, "*a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação*", enumerou-os apontando a Monarquia com seu exército, a aristocracia, industriais, banqueiros e o povo. Existem, portanto, uma relação entre duas constituições de um país, uma real e efetiva (a soma dos fatores reais de poder) e uma escrita, uma folha de papel, essa somente será boa e duradoura se corresponder àquela e "*tiver suas raízes nos fatores do poder que regem um país*", para ele, portanto, a Constituição não estaria nas normas de um texto fundamental, mas no mundo do ser, nas relações efetivas de poder. LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Pag. 19. Tradução original por Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

de poderes e a disciplina do seu exercício. Ela positiva diretrizes que orientam o exercício dos poderes estatais no sentido da conformação da realidade social aos parâmetros éticos derivados do postulado da dignidade da pessoa humana. Os poderes são ancilares às finalidades para as quais foram constituídos, a promoção dos valores democráticos de liberdade e igualdade, da justiça material mediante a efetivação dos direitos fundamentais. A propósito, lembra-nos Blanco de Moraes<sup>58</sup> que Konrad Hesse dirigiu veementes críticas à teoria sociológica de Lassale acerca da concepção de Constituição. Segundo Hesse, a Constituição é norma jurídica dotada de normatividade vocacionada à aplicação efetiva, não se destina a somente descrever a realidade social, a soma dos fatores reais de poder, mas de conformá-la segundo padrões éticos de justiça.

A Constituição, com efeito, é um "dever ser" inseparável do "ser". As normas constitucionais estão conectadas à realidade, de onde extraem o significado e sentido ético, e onde incidem, com força normativa, transformando-a segundo as diretrizes axiológicas da Constituição<sup>59</sup>. Trata-se da normatividade dinâmica da teoria estruturante de Müller, segundo a qual a norma, ao tempo em que transforma a realidade, é por esta mesma realidade conformada, estruturada. Nesse sentido, o moralismo reflexivo promove uma aproximação entre direito e realidade, entre "dever ser" e "ser", e uma reaproximação entre ética e direito.

### **2.2.1.2. Função de Integração - Constituição da Unidade**

A integração é promovida na medida em que a pluralidade de forças sociais se unem para a realização de um projeto comum delineado na Constituição. Fertiliza-se, assim, conforme ensina Blanco de Moraes, uma "filosofia antropocentrada de intensidade variável em torno dos princípios que regulam os direitos fundamentais, cujo húmus adubou a tese da irradiação desses direitos, não apenas para esferas públicas, mas também para algumas relações jurídico-privadas, o suprapositivismo moralmente reflexivo procurou substanciar a

---

<sup>58</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. Pag. 348.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2 Edição. São Paulo: Editora Método, 2014. Pag. 23. "Um das características do pós positivismo é o reconhecimento da normatividade primária dos princípios constitucionais; atualmente, os princípios são considerados normas jurídicas, ao lado das regras, e podem ser invocados para controlar a juridicidade da atuação do Estado."

tese da otimização ou maximização dos efeitos jurídicos das normas que catalogam os mesmos direitos e o desenvolvimento da especificidade das técnicas de interpretação das normas, mormente através do recurso à ponderação"<sup>60</sup>. Nesse ponto, convém salientar, no pensamento de Konrad Hesse, um dos pressupostos de normatividade da Constituição, o desenvolvimento nos indivíduos de um sentimento constitucional, uma vontade de dar real efetividade aos seus enunciados normativos, dirigindo os comportamentos individuais no sentido que resulta dos valores éticos da comunidade. Com efeito, a normatividade da constituição vincula tanto a sociedade civil quanto os poderes constituídos à observância dos direitos fundamentais, aos quais se reconhece eficácia horizontal, vertical e diagonal. Para a garantia efetiva dos direitos fundamentais a Constituição limita o exercício dos poderes instituídos procedendo a uma divisão balanceada das funções estatais por meio de mecanismos recíprocos de controle, freios e contrapesos que mantêm o seu exercício dentro dos contornos do desenho democrático de governo da maioria, respeito às minorias e efetiva realização dos direitos fundamentais.

A Constituição, nessa acepção, é o resultado de um compromisso social tácito entre a pluralidade de forças sociais, políticas e econômicas sobre a organização do poder político com fundamento em uma ordem prévia de valores éticos. Nesse sentido, o poder constituinte originário não seria ilimitado, como sustentam os teóricos do positivismo jurídico, mas seria condicionado por valores democráticos, princípios gerais de justiça e direitos fundamentais resultantes da cultura de uma nação sobre o que é justo, ético <sup>61</sup>. Concebe-se um

---

<sup>60</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. Pag. 334.

<sup>61</sup> BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina, 1994. Pag. 42. "A validade (Geltung) de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a positividade, no sentido da sua existência como plano e expressão de um poder efectivo, e a obrigatoriedade, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado. Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em **que o legislador tome em conta os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias. Mas, além disso, só existirá ainda - e nesta medida vou além do limite antes mencionado traçado por Hippel - se o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente.** Embora o direito seja apenas, nas conhecidas palavras de Georg Jellineck, um mínimo ético, a verdade é que não deixa nunca de ser justamente um mínimo ético, pois de outro modo também não será direito. (...) **Dentro dos limites assim definidos fica ainda ao legislador, nomeadamente ao legislador constitucional um largo espaço para a edificação autónoma de um sistema de valores próprios. Sublinhe-se, porém, que só justamente dentro desses limites!**"

suprapositivismo axiológico antropocêntrico que se assenta sob o princípio da dignidade da pessoa humana, pedra de toque de toda a ordem constitucional, fundamento último do ordenamento jurídico. Com efeito, essa ordem jurídica, fundada na Constituição material, constitui um sistema autopoietico, pois se auto-reconstrói pela interação entre as partículas constitutivas de sua axiologia, os princípios materiais de justiça, a partir da modificação da realidade que regula. Müller, a propósito, designa normatividade a qualidade dinâmica da norma, compreendida tanto pela aptidão de ordenar a realidade subjacente - normatividade concreta -, quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade - normatividade materialmente determinada<sup>62</sup>.

Como ordem axiológica de uma sociedade plural, fundada na dignidade da pessoa humana, decorre como funções essenciais e naturais da Constituição a integração e a garantia de direitos fundamentais e de expectativas legitimamente tuteladas dos diversos grupos, setores e minorias. Revela-se legítimo, do ponto de vista democrático, portanto, o exercício da jurisdição constitucional quando, embora atue ativamente no campo político, afastando-se do desenho tradicional da separação dos poderes do positivismo jurídico, o faz, dentro de procedimentos legais, para garantir a integração social e a conservação do pacto constituinte, corrigindo os desvios democráticos dos demais poderes mediante tutela efetiva dos direitos fundamentais. Sobretudo quando, na arquitetura constitucional da separação de poderes, esta competência é expressamente e originariamente atribuída ao poder judiciário.

---

<sup>62</sup> MÜLLER, Friedrich. Ob. Cit. Pag. 15. "Deve-se chamar a atenção ao fato de que estrutura da norma designa como conceito operacional o nexó entre as partes conceituais e integrantes de uma norma (programa na norma - âmbito da norma) e não, e.g., as relações entre os pontos de referência da teoria tradicional do direito (como ser e dever ser, suporte fático e consequência jurídica, norma e conjunto de fatos). Os elementos estruturais mencionados atuam conjuntamente no trabalho efetivo dos juristas de um modo ao qual se atribui normatividade. Normatividade não significa aqui nenhuma força normativa do fático, tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica. Ela pressupõe a concepção - a ser explicitada mais tarde - da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. Normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar a realidade que lhe subjaz - normatividade concreta - quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade - normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida com processo real de decisão".

### 2.2.2. Aplicação: Concretização a Partir de Uma Estrutura Normativa Aberta

A Constituição axiológica é, por definição, uma ordem jurídica morfológicamente aberta. Com efeito, sua aplicação envolve um processo de concretização, atribuindo-lhe normatividade<sup>63</sup> à luz da realidade e dos parâmetros constitucionais de justiça social. A concretização da Constituição desenvolve-se no âmbito da realização constitucional, processo de atribuição de normatividade e eficácia jurídica às normas constitucionais. Essa realização é atribuída a todos os órgãos constitucionais e a todos os cidadãos que constituem uma pluralidade de intérpretes. As funções legislativas, executivas e judiciais aplicam a Constituição no desempenho de suas atividades, e a pluralidade de intérpretes, os cidadãos fundamentam na Constituição de forma direta os seus direitos e deveres.

A concretização constitui uma das etapas do processo de densificação de normas constitucionais abertas, é a integração/complementação de um espaço normativo carente de especificações. Partindo-se do texto e da parcela da realidade à qual ele incide, o aplicador extrai o programa normativo que servirá de fundamento à norma jurídica concreta. Podemos afirmar, com apoio em Castanheira Neves, que a "norma-texto será apenas um elemento necessário - mas insuficiente - para a concreta realização jurídica, já que essa realização exigirá, para além daquela norma e em função agora do caso concreto (do problema jurídico do caso concreto), que se elabore já a normativa concretização, já a específica norma de decisão"<sup>64</sup>.

A concretização é a fase do processo de aplicação constitucional que sucede a identificação do programa normativo - mediante emprego do método jurídico clássico de interpretação, a conjugação dos elementos textual, lógico-sistemático, histórico e teleológico - . Na fase de concretização realiza-se a conjugação do programa normativo com a realidade que lhe é subjacente, momento em o intérprete faz a análise da constitucionalidade à luz de uma situação problemática. Ainda nesta fase de concretização, o intérprete promove um

---

<sup>63</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit. Pag. 1.202. "Normatividade não é uma qualidade da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização."

<sup>64</sup> NEVES, Castanheira, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Pag. 145.

exame de adequação da solução interpretativa ao caso concreto realizando um confronto com soluções alternativas. Após, realiza-se o ato de concretização *stricto sensu* da solução normativa ajustado ao caso concreto<sup>65</sup>, que no caso de colisão entre princípios constitucionais decorre de uma operação de ponderação.

Segundo a metódica estruturante de Friedrich Müller, a concretização normativa pressupõe duas dimensões existentes na estrutura da norma, o programa normativo - correspondente ao comando normativo identificado na conjugação dos elementos do método jurídico -, e o âmbito normativo - domínio normativo -, correspondente à parcela da realidade social que se pretende regular. "O texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (Müller), correspondendo em geral ao programa normativo, a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um domínio normativo, pedaço da realidade social que o programa normativo só parcialmente contempla. A concretização, portanto, deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização, um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma; outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo"<sup>66</sup>.

Segundo o desenho institucional da separação de poderes concebido no âmbito da Constituição axiológica, o legislador concretiza a Constituição na formulação de políticas públicas e regimes jurídicos gerais e abstratos, necessários à realização da dignidade da pessoa humana. Diante da previsão legislativa abstrata, o Executivo executa as políticas públicas em conformidade com a lei. Por sua vez, o judiciário reconstrói a lei, atribuindo-lhe um sentido constitucional adequado à situação problemática deduzida em juízo.

No que tange a relação entre os poderes na concretização constitucional, a jurisdição constitucional, mediante argumentação jurídica racional, tem competência para declarar, *incidenter tantum* e *principaliter tantum*, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo,

---

<sup>65</sup> Segundo Eros Grau, a concretização somente é finalizada na metódica estruturante de Müller, na confecção do comando decisório, da norma do caso concreto, a qual define a solução normativa constitutiva da aplicação no âmbito prático da norma positivada adequada ao caso concreto. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes? A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6 Edição. São Paulo: Malheiros. Pag. 33.

<sup>66</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit. Pag. 1.213.

afastando-os da solução do caso concreto ou do ordenamento jurídico. Além disso, diante da normatividade constitucional, tem poder para aplicar diretamente os princípios constitucionais de justiça como fundamento da decisão, independentemente de interposição legislativa. Partindo da premissa da presunção de constitucionalidade das leis, lhe é permitido, outrossim, fazer uma interpretação conforme à constituição, quando apenas um dos sentidos possíveis da lei lhe for compatível.

A formulação acentuadamente vaga do texto normativo constitucional exige do juiz mais do que a mera declaração da vontade do legislador, exige uma recriação do direito à luz do caso concreto. Essa concretização, todavia, não é feita com liberdade absoluta. A recriação do direito é limitada tanto por cerceios dogmáticos científicos, adstritivos de critérios e métodos racionais de aplicação, quanto por cerceios jurídicos atinentes à conjugação do programa normativo com o âmbito normativo. Nesse sentido, uma ponderação entre princípios jurídicos colidentes no caso concreto revela, a partir de postulados metanormativos racionais, como a proporcionalidade e a razoabilidade, diferentes relações de peso, determinando a prevalência de um direito sobre o outro. A tessitura aberta que decorre da baixa densidade semântica do texto constitucional, a exemplo das normas que consagram a boa fé objetiva, bons costumes, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, institui princípios éticos, convenções sociais, práticas usuais e noções passíveis de concretização em certo grau. Constituem, pois, princípios que orientam a conformação do âmbito normativo segundo paradigmas éticos. Ao conformar a realidade, contribuem também para a definição do sentido e alcance do programa normativo<sup>67</sup>. Revela-se, pois, a própria qualidade dinâmica da norma, sua aptidão de tanto ordenar a realidade que lhe subjaz quanto de ser condicionada e estruturada por esta realidade<sup>68</sup>.

A concretização é atividade por meio da qual realiza-se o princípio da força normativa da Constituição - segundo Canotilho a normatividade não é qualidade, mas efeito do procedimento metódico de concretização. É por meio dela que se confere aplicabilidade e

---

<sup>67</sup> MÜLLER, Friedrich. Ob. Cit. Pag. 270.

<sup>68</sup> MÜLLER, Friedrich. Ob. Cit. Pag. 15.

eficácia à norma constitucional, atribuindo-lhe sentido prático e concretizador. Segundo o postulado hermenêutico de Hesse da máxima eficácia normativa da Constituição, "quando duas ou mais interpretações possíveis surgirem, deve-se priorizar a que assegure maior eficácia, aplicabilidade e estabilidade às normas constitucionais. Esse princípio irmana-se com o método concretizador (K. Hesse), com a metódica estruturante (F. Müller) e com a hermenêutica da *práxis* jurídica ou teoria da decisão racionalizada (M. Kriele). Por seu intermédio, é dado ao intérprete atualizar os preceitos constitucionais, tornando-os efetivos e estáveis; afinal, eles possuem força normativa, devendo ser cumpridos e aplicados"<sup>69</sup>.

A análise da jurisdição constitucional sob um viés liberal, vinculado a premissas teóricas do positivismo jurídico, como a) interpretação como revelação da vontade do legislativo; b) identificação do texto com a norma; c) limitação da interpretação aos preceitos constitucionais dotados de regras jurídicas precisas e concretas, enfim de uma jurisdição meramente cognitiva e declaratória, ensejaria a conclusão de que a concretização jurisdicional da Constituição seria democraticamente ilegítima, por afronta à separação de poderes. Entretanto, diante de um modelo antropocêntrico de Constituição, fundado nos valores democráticos de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, inserido em uma realidade plural e complexa, a concretização mediante a densificação de cláusulas abertas, foi o meio encontrado para uma organização democrática do poder político. Com efeito, em um contexto de rápida modificação da realidade e de pluralidade social, a concretização jurisdicional de enunciados abertos é indispensável à realização da justiça do caso concreto. Pois, diante da complexidade da realidade, não é possível ao legislador estabelecer, previamente, uma solução justa para todas as situações problemáticas que se apresentam para a análise jurisdicional.

O modelo legalista dogmático de ciência da legislação, a disciplina codicista da realidade mediante uma técnica casuística, método legislativo fechado de termos precisos, exatos, é anacrônico à realidade contemporânea de globalização e de pluralidade social. A velocidade da evolução social aliada à complexidade da realidade torna qualquer código rapidamente obsoleto. É tarefa impossível ao legislador prever e disciplinar a infinidade de

---

<sup>69</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 461.

situações que podem se materializar na realidade social. Indispensável, portanto, atribuir à jurisdição constitucional natureza integrativa, colmatando espaços abertos, intencionalmente deixados pelo legislador, com elementos éticos da realidade. Essa criatividade judicial, entretanto, deve ser desempenhada em coordenação, em trabalho conjunto, com todos aqueles que vivenciam a Constituição, tanto os poderes da República quanto os cidadãos que nela fundamentam diretamente os seus direitos e deveres, ambos comprometidos com a realização dos valores constitucionais.

A interpretação evolutiva das normas constitucionais é uma exigência de ordem lógica. Mudar o que está visivelmente errado é uma simples questão de racionalidade. Buscar a maior eficácia possível dos valores mais elevados da comunidade é um dever de todo cidadão. O direito é dinâmico (é um “dinamismo” como diz o ministro Eros Grau), devendo sempre acompanhar a evolução da realidade social.

### **2.2.3. Interpretação: Hermenêutica Constitucional**

No ponto atinente à interpretação constitucional adequada ao moralismo reflexivo, interessa considerar que cada teoria constitucional sujeita-se a uma metódica hermenêutica específica. Assim, a hermenêutica constitucional, partícula essencial à teoria da constituição, adequa-se ao conteúdo da constituição à qual pretende emprestar critérios metódicos necessários à compreensão cientificamente adequada dos seus elementos normativos. Importa, portanto, saber como a Constituição estruturou as suas disposições normativas, concebeu a separação de poderes e garantiu a efetividade dos direitos fundamentais, para que a interpretação chegue a resultados democraticamente adequados. Somente assim poderemos concluir sobre a adequação democrática do resultado alcançado pela jurisdição constitucional no emprego de determinado método de interpretação da Constituição, como detentora da última palavra acerca do significado dos enunciados semanticamente indeterminados. Antes porém, cumpre-nos esclarecer a relação entre hermenêutica e interpretação constitucionais.

A hermenêutica constitucional liga-se à interpretação constitucional através de uma relação concêntrica<sup>70</sup>. Nesse sentido, a interpretação integra a hermenêutica na medida em que

---

<sup>70</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. Pag. 616.

esta "tem como objeto o estudo da correta compreensão das normas constitucionais, tendo como finalidade conceber um pensamento dogmático sobre critérios reitores da interpretação dessas normas", de forma a propiciar resultados cientificamente adequados à teoria constitucional à qual está vinculada. A hermenêutica, portanto, não somente descreve o fenômeno interpretativo, mas estabelece o modo pelo qual as disposições normativas devem ser interpretadas, mediante métodos hermenêuticos de interpretação, consistentes em "critérios de ordem técnica, inseridos num processo de interpretação, e tidos como aptos a proporcionar um resultado interpretativo rigoroso que resolva conflitos concretos, emergentes da relação entre a Constituição e o direito ordinário"<sup>71</sup>. A propósito, vale lembrar Carlos Maximiliano, segundo ele a interpretação é a aplicação da hermenêutica, uma vez que esta investiga e determina os princípios aplicáveis àquela, constituindo "a teoria científica da arte de interpretar, tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito"<sup>72</sup>.

No âmbito de uma teoria axiológica da constituição, a hermenêutica concebe métodos específicos de interpretação constitucional, os quais, a depender da sensibilidade doutrinária, ora são usados com exclusividade afastando-se o método jurídico, ora usados complementarmente ao método dogmático para atender às peculiaridades da norma constitucional, atinentes à sua estrutura aberta e ao peso substancial de valores e princípios de ordem meta-jurídica.

A doutrina portuguesa é pacífica quanto à necessidade de utilização de uma hermenêutica específica à interpretação da constituição complementarmente ao método jurídico clássico. Aderiu, portanto, à tese da identidade<sup>73</sup>, no sentido de que, sendo a

---

<sup>71</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. Pag. 617.

<sup>72</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Pag. 1. 14 Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

<sup>73</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 Edição. Coimbra: Almedina. Pag. 1.210. Nesse sentido Canotilho ensina que a utilização do método jurídico "parte da consideração de que a constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Interpretar a constituição é interpretar uma lei (tese da identidade: interpretação constitucional = interpretação legal). Para se captar o sentido da lei constitucional devem utilizar-se os cânones ou regras tradicionais da hermenêutica. O sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização como elementos interpretativos: (i) do elemento filológico; (ii) do elemento lógico; (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico; (iiiiii) do elemento genético.

Constituição uma lei, a lei fundamental do Estado, ela deve ser interpretada da mesma forma pela qual é interpretada as demais leis ordinárias, tornando imprescindível a conjugação dos elementos textual, lógico-sistemático, histórico e teleológico do método jurídico, complementando-os com outros métodos específicos, sobretudo quando a interpretação incide sobre conceitos jurídicos indeterminados. Também assim, Jorge Miranda, "Há sempre que interpretar a Constituição como há sempre que interpretar a lei", e Castanheira Neves, "a norma-texto será apenas um elemento necessário - mas insuficiente - para a concreta realização jurídica"<sup>74</sup>.

Percebe-se, na doutrina portuguesa, uma preocupação em se estabelecer limites aos intérpretes com o objetivo de garantir unidade e estabilidade ao sentido dos princípios constitucionais estruturantes e assegurar que o processo de interpretação não configure um processo de erosão da normatividade constitucional. Nesse sentido, Blanco de Moraes afirma que "a juridicidade que a Constituição logrou historicamente conquistar quando passou de 'lei política', fiscalizada por órgãos políticos, para lei em sentido jurídico-normativo, fiscalizada por tribunais, sofreria um retrocesso a partir do momento em que se reconhecesse a existência de uma hermenêutica constitucional diferente e até oposta à hermenêutica jurídica. Uma pluralidade diversiforme e desordenada de vias, técnicas e métodos, colocados à escolha do intérprete, potencia um casuísmo interpretativo que destrói a certeza jurídica e a força geral das normas e equivale à própria ausência de ciência e método"<sup>75</sup>. No mesmo sentido, Canotilho afirma a necessidade de utilização do método jurídico para garantir normatividade à Constituição, cujo princípio da legalidade atribui dupla relevância ao texto, como ponto de partida para concretização das normas constitucionais e como limite da tarefa de interpretação, "pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito"<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> NEVES, Castanheira, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Pag. 145.

<sup>75</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. Pag. 620.

<sup>76</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit. Pag. 1.211.

A hermenêutica constitucional, portanto, desenvolvida a partir de uma Constituição axiológica, aberta ao influxo de princípios éticos, concebeu um conjunto de métodos de interpretação com a pretensão de conduzir o intérprete a um significado democraticamente adequado para o texto constitucional. A cientificidade da hermenêutica constitucional é aferida a partir da capacidade que esta tem de adstringir a interpretação aos contornos estruturantes da Constituição, os quais, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, podem ser resumidos na separação de poderes, a democracia política e o regime constitucional de garantia de direitos fundamentais.

A constituição axiológica, estruturada a partir de preceitos normativos semanticamente abertos, fluidos, indeterminados, confere à interpretação uma natureza de maior relevo. À jurisdição constitucional, portanto, a quem foi outorgado o poder de atribuir, com definitividade e eficácia vinculante, o significado de conceitos jurídicos indeterminados, reservou-se um poder que, se exercido sem limites, pode ensejar uma relação de domínio do poder judiciário capaz de desnaturar o Estado democrático de direito. Portanto, a criação de modelos hermenêuticos pode ensejar, para além de uma discussão dialética com pretensão científica, um modo de impor ideologias particularistas, assumindo uma "luta entre os poderes pelo senhorio político da Constituição". Nos Estados democráticos de direito, "a fonte do poder de produção constitucional recai no legislador democrático, pelo que o papel da Justiça Constitucional não é o de se lhe substituir no plano da valoração política, mas antes revelar objetivamente o sentido dos seus critérios de decisão, no contexto do controlo de validade do direito e da evolução da realidade política e social, ao qual o direito se aplica"<sup>77</sup>.

Essa constatação ensejou a criação, no âmbito da metódica hermenêutico-concretizante - Konrad Hesse -, de um catálogo de princípios hermenêuticos com a pretensão de atribuir cientificidade, racionalidade e, conseqüentemente, limitação da interpretação judicial aos contornos democráticos definidos a partir dos princípios estruturais da Constituição, são eles, "*princípio da unidade da constituição*"; "*princípio do efeito integrador*", "*princípio da máxima efetividade*"; "*princípio da conformidade constitucional*";

---

<sup>77</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. Pag. 619.

"*princípio da concordância prática*" e "*princípio da força normativa da constituição*"<sup>78</sup> a serem desenvolvidos no capítulo atinente ao método hermenêutico-concretizador de interpretação. O Prof. Humberto Ávila os denomina postulados normativos ou normas de segundo grau, pois, "são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas"<sup>79</sup>, norma que fixa uma diretriz metódica a dirigir a atividade do intérprete relativamente à interpretação de outras normas.

### **2.2.3.1. Método Hermenêutico-Concretizador**

O moralismo reflexivo constitui uma teoria do direito constitucional cuja Constituição é concebida como conjunto de princípios jurídicos conformativos de direitos fundamentais. Esse é o conceito de Constituição de Konrad Hesse, nesse sentido, a ordem constitucional constitui uma ordem de direitos fundamentais, de forma que são considerados sinônimos<sup>80</sup>. Este modelo pressupõe que o exercício democrático do poder vincula-se irrestritamente aos direitos fundamentais. A hermenêutica, nesse contexto, é comprometida com o dirigismo constitucional concretizador destes direitos. De acordo com a metódica hermenêutico-concretizadora de Hesse, a normatividade constitucional pressupõe a eficácia dos direitos fundamentais mediante a concretização dos princípios jurídicos. O intérprete, partindo do texto normativo, empresta-lhe sua pré-compreensão para revelar um sentido e alcance adequado à realidade concreta, de forma a atribuir ao direito fundamental a maior eficácia possível. Essa dinâmica de interpretação/concretização estabelece uma relação circular de influências recíprocas entre o programa normativo e o âmbito normativo<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Catálogo extraído da obra do Prof. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Pags. 1.223 a 1.226.

<sup>79</sup> ÁVILA, Humberto. Ob. Cit. Pag. 143.

<sup>80</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. Pag. 18.

<sup>81</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit. Pag. 1212.

O modelo concretizador de Hesse exerceu forte influência em Müller na construção da teoria metódica estruturante do direito<sup>82</sup>, segundo a qual, a normatividade da norma constitucional significa a qualidade dinâmica da norma de, a um só tempo, ordenar a realidade que lhe subjaz e ser ordenada por essa mesma realidade. Müller, portanto, sem desconsiderar os elementos textual, lógico-sistemático, histórico e teleológico do método jurídico dogmático, considera a especificidade da interpretação constitucional - abertura normativa, natureza principiológica e política das disposições constitucionais - para admitir a utilização de uma pluralidade de métodos interpretativos na atividade de concretização da constituição<sup>83</sup>.

Nesse sentido, Canotilho<sup>84</sup> ensina que, no método hermenêutico-concretizador, o intérprete realiza uma atividade prática-normativa de concretização da norma a partir de uma situação histórica concreta. O intérprete empresta a sua pré-compreensão de sentido ao texto normativo efetuando um preenchimento de sentido juridicamente criador. O Prof. de Coimbra ainda elenca os pressupostos da interpretação no âmbito do método hermenêutico-concretizador, a) pressupostos subjetivos atinentes ao papel criador do intérprete que empresta sua pré-compreensão na obtenção do sentido do texto constitucional; b) pressupostos objetivos, atinentes ao contexto considerado pelo intérprete na sua atividade de mediação criativa entre programa normativo e âmbito normativo; e c) relação circular entre programa e âmbito normativo, transformando a interpretação em movimento de ir e vir, círculo hermenêutico.

O método hermenêutico-concretizador orienta-se, portanto, em um pensamento problemático, da mesma forma que o método tópico-problemático, com a diferença de que aquele se assenta no primado do texto constitucional - do programa normativo -, enquanto este pressupõe o primado do problema perante a norma<sup>85</sup>. Diante disso, Hesse desenvolveu

---

<sup>82</sup> MÜLLER, Friedrich. Ob. cit. Pag. 15.

<sup>83</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Ob. Cit. Pag. 350 - 351.

<sup>84</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. Cit. Pag. 1.212.

<sup>85</sup> Aludindo à obra de Canotilho, citada acima, o Prof. Blanco de Moraes ensina que o método hermenêutico-concretizador constitui um "pensamento orientado para a resolução de problemas, mas afasta-se do método tópico-problemático: enquanto este defende o primado do problema (do fato) perante a norma, o método

um catálogo de tópicos de interpretação, os princípios hermenêuticos, ou, conforme Ávila, postulados normativos, normas de segundo grau. Dentre eles, a supremacia da constituição, segundo o qual a interpretação das regras deve ser harmonizada com os fins estruturantes da identidade constitucional; a correição funcional, segundo o qual o sentido atribuído à disposição normativa deve estar em consonância com o princípio da separação de poderes, devendo o judiciário evitar adentrar na seara política, campo atinente ao legislativo; integração, segundo o qual a interpretação deve ser realizada de modo a promover a unidade política do Estado e da ordem constitucional; e a interpretação conforme, assentada na presunção de constitucionalidade das normas ordinárias, às quais deve ser atribuída interpretação conforme, sempre que um de seus sentidos possíveis for consoante ao espírito constitucional.

A abordagem do método hermenêutico-concretizador a partir da perspectiva atinente à legitimidade democrática da justiça constitucional levanta questionamentos quanto aos seus pressupostos subjetivos. É que este método atribui grande relevância às pré-compreensões subjetivas do intérprete no processo de concretização da norma constitucional. Ao definir o programa normativo adequado à situação da realidade social, sofre influência de suas percepções pessoais, o que poderia levantar críticas quanto à eventual colisão entre as pré-compreensões (valorações pessoais de ordem política, filosófica e jurídica) do intérprete e os valores democráticos de governo da maioria, da liberdade e da igualdade. O que atribui cientificidade, contudo, ao método hermenêutico-concretizador, trazendo de volta a interpretação ao campo da legitimidade democrática são os postulados metanormativos. Os tópicos de interpretação fundados nos princípios estruturantes da identidade constitucional não permitem que os subjetivismos presentes nas pré-compreensões do intérprete alcancem graus insustentáveis do ponto de vista democrático. Os postulados hermenêuticos constituem *topois*, esquemas de pensamento, que, de forma semelhante ao que ocorre no método tópico-problemático, oferecem diretrizes de orientação para o intérprete, das quais não pode se afastar sob pena de perder aceitação da comunidade e, portanto, carecer de legitimidade democrática.

---

concretizador assenta no primado do programa normativo constitucional, enformado pelos quatro estádios interpretativos da dogmática jurídica".

Com efeito, a especificidade da abertura semântica das normas constitucionais confere à interpretação uma natureza de processo aberto de argumentação, cujos pontos de vista, argumentos ou esquemas de sustentação da solução interpretativa se assentam, pelo método hermenêutico-concretizador, nos princípios identitários da Constituição. Sendo assim, as soluções interpretativas não podem chegar a conclusões que enfraqueçam, *v.g.*, a soberania, a separação de poderes e o princípio democrático que rege uma sociedade aberta, valores que, segundo John Hart Ely, constituem os princípios estruturantes de uma Constituição democrática.

A legitimidade democrática da utilização do método hermenêutico-concretizador, embora questionada do ponto de vista do seu pressuposto subjetivo, é sustentada pela necessária fidelidade do intérprete ao texto. A utilização do método jurídico dogmático para a fixação da norma geral e abstrata revela respeito às decisões do legislador constituinte como critérios objetivos que devem orientar o trabalho do intérprete. Além disso, também importa como fator de objetivação da interpretação, a conjugação do programa normativo com o âmbito normativo, sobretudo quando se reconhece que o significado da norma não está imune às influências da realidade histórica, fática e jurídica. Contribui, outrossim, à cientificidade do método hermenêutico-concretizador, a utilização de cânones da interpretação constitucional como limites democráticos às pré-compreensões do intérprete.

A influência de pré-compreensões do intérprete na definição do programa normativo, embora problemática do ponto de vista democrático, na realidade se mostra inevitável. A interpretação é uma atividade humana. Subordina-se, pois, às limitações humanas, aos subjetivismos próprios do julgador. O homem, por mais imparcial que seja, jamais será neutro<sup>86</sup> - Terêncio: "*Homo sum, humani nihil a me alienum puto*", nada do que é humano é estranho ao homem -. O processo de interpretação, ainda que inconscientemente, sempre carregará impressões e visões de mundo que integram a personalidade do intérprete. Portanto, a crítica pode ser levantada contra as constituições axiológicas, dotadas de abertura valorativa,

---

<sup>86</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*. 19. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. Pag. 175-176. "Não se pode confundir neutralidade e imparcialidade. O mito da neutralidade funda-se na possibilidade de o juiz ser desprovido de vontade inconsciente. (...) Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências, experiências etc".

mas não contra a jurisdição constitucional, pois, neste modelo, também os demais poderes podem se desviar da vontade democrática invocando *topois* como argumentos justificadores. Avulta, destarte, a importância da hermenêutica constitucional na criação de modelos, vias e técnicas interpretativas aptos a propiciar soluções interpretativas dotadas de validade científica, com aptidão à promover na maior medida possível os valores democráticos de soberania, liberdade, igualdade, separação de poderes e da dignidade da pessoa humana.

### **2.2.3.2. Método Tópico-Problemático**

O método tópico-problemático constitui um processo aberto de argumentação, pressupõe um caráter prático da interpretação constitucional, voltado para a solução de situações jurídicas problemáticas. O caráter aberto e indeterminado do texto constitucional permite a conformação da norma às peculiaridades do problema concreto, a plasticidade da norma principiológica permite a identificação de uma solução a partir do problema e não a partir do programa normativo. Nesse processo aberto, a pluralidade de intérpretes se vale de um catálogo de *topois* amparado nos princípios constitucionais de justiça, como justificação argumentativa da solução mais adequada à situação jurídica problemática. Estes pontos de vista se inserem em um debate dialético, ao final do qual pretende-se revelar a interpretação mais adequada ao problema.

A tópica, antes de ser um método, é uma técnica de argumentação retórica utilizada pelo jurista quando, não encontrando no direito positivo amparo à sua pretensão, afasta-se do plano jurídico e ingressa nos planos político, ideológico e cultural. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz, "A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles" ("Prefácio à obra Tópica e Jurisprudência, de Theodor Viehweg").

O uso da técnica tópico-problemática, muito embora facilite a fixação de decisões utilitaristas e consequencialistas, voltadas à solução do problema, é técnica mais adequada às discussões e decisões de índole política. É, destarte, incompatível com a atividade jurisdicional, que deve se conter dentro do campo jurídico, sob pena de violar o cânone interpretativo da correição funcional. O modo de pensamento tópico problemático, ao invocar

um catálogo metanormativo de *topois* para solução de problemas, ignora a norma, desconsiderando os critérios objetivos impostos pelo legislador, nesse sentido faz tábua rasa da separação de poderes fixadas na Constituição. A interpretação é atividade vinculada e limitada à norma, cujo sentido, embora seja influenciado pela realidade que lhe servirá de incidência, não pode dar primazia ao problema em detrimento do texto normativo. Além disso a tópica "pode conduzir a um casuísmo sem limites"<sup>87</sup>. Assim, segundo a crítica do Prof. Blanco de Moraes, embora possa favorecer a prática de Tribunais ativistas como o brasileiro, esvazia a normatividade da Constituição e "desvaloriza a decisão política fundamental".

Há, no STF brasileiro, exemplos claros de decisões voltadas à solução de problemas práticos de ordem política, como as decisões tomadas no âmbito de ações penais de sua competência originária. Elas esvaziam as garantias constitucionais processuais penais com vistas, *e.g.*, ao combate à corrupção - "Lava-Jato", força tarefa entre investigação, acusação e julgamento -, à promoção da moralidade pública - interferência jurisdicional na nomeação de Ministros no Ministério do Trabalho e da Casa Civil - , etc, o que, evidentemente, não é papel do judiciário, mas sim dos órgãos estatais de persecução penal, das corregedorias administrativas e das políticas de segurança pública. O posicionamento do Tribunal em favor de uma utilidade lhe subtrai a principal condição de julgador, a imparcialidade que lhe confere legitimidade para impor uma solução democrática à situação problemática. Aos tribunais resta fazer uma análise jurídica e imparcial da norma, cotejando-a com a realidade do caso concreto, devendo adotar uma postura de maior auto contenção quando promove interpretação de princípios constitucionais ou regras compostas por conceitos indeterminados.

Não estou a defender que a justiça constitucional não possa adotar uma interpretação da norma constitucional favorável às teses acusatórias dos órgãos de persecução penal, ou às teses daqueles que defendem maior moralidade administrativa. Parece-me, contudo, que, ao proceder a um juízo de ponderação entre princípios colidentes, deve adotar uma postura imparcial para fixar uma decisão coerente com a ordem jurídica constitucional, com a moralidade pública. Ouso, destarte, concluir que, dentre os cânones interpretativos necessários à pretensão de cientificidade da hermenêutica constitucional, devemos incluir

---

<sup>87</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. Cit. Pag. 1.212.

outros, de ordem subjetiva, atinentes à ideal postura do intérprete face a situação problemática, aptos a revelar o déficit de legitimidade democrática de toda e qualquer manifestação judicial comprometida com razões práticas de ordem política. Estes cânones não deixam de estar vinculados ao princípio hermenêutico da correição funcional, entretanto, possuem uma variação de ordem subjetiva, pois incidem nos motivos presentes no subjetivismo do juiz, que, revelados na fundamentação, indiquem comprometimento com finalidades de ordem política.

### 2.2.3.3. Método Científico-Espiritual

O método científico espiritual é a específica forma de interpretação da Constituição no âmbito da teoria axiológica integrativa de Rudolf Smend. A estrutura aberta das normas constitucionais desse modelo de Constituição torna inadequada a utilização do método jurídico clássico. A formulação legislativa genérica dos enunciados normativos através de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados constitui técnica legislativa adequada à Constituição axiológica. Entretanto é incompatível com o método jurídico dogmático, concebido segundo a técnica legislativa casuística de máxima determinação possível dos elementos normativos. Com efeito, a exegese de textos constitucionais de excessiva abertura semântica torna inadequado o emprego dos elementos filológico, lógico/sistemático, teleológico e histórico do método dogmático clássico, mais adequados ao formalismo do positivismo legalista. A Constituição, segundo Smend, é a ordem jurídica do Estado e da dinâmica vital em que se desenvolve a vida do mesmo Estado. Ela constitui um elemento de integração social mediante a concretização de um projeto político comum deduzido da ordem axiológica subjacente à realidade cultural da comunidade. Assim, além de constituir uma defesa da ordem política contra rupturas constitucionais, institui a garantia de direitos fundamentais<sup>88</sup> como barreiras normativas frente às "forças sociais em perpétua ebulição"<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. Pag. 232-233; "Os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concreto, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição, o que significa, do ponto de vista político, uma vontade de integração material e do ponto de vista jurídico, a legitimação da ordem positiva estatal e jurídica".

<sup>89</sup> Expressão retirada do livro do Prof. Blanco de Moraes, ob. cit., quando aborda a teoria da integração de Smend, Pag. 341.

Nesse contexto, a ordem jurídica somente é válida e legítima na medida em que reflete o sistema de valores da comunidade.

Para Rudolf Smend, a interpretação da Constituição não se limita à análise fria do texto, devendo considerar duas premissas básicas: 1) a constituição possui uma base de valoração, ou seja, uma ordem de valores a ela subjacente correspondente ao espírito reinante na cultura da sociedade; 2) a constituição é um elemento do processo de integração comunitária, é o principal fator de integração política e social, da unidade social. A interpretação tem como objetivo principal compreender o sentido e a realidade da Constituição, que desempenha uma função de integração da vida estatal. Há uma relação entre a Constituição e a integração espiritual real da comunidade (ou seja, entre a constituição e os valores da sociedade, que são dinâmicos). A necessidade de utilização desta ordem de valores subjacente obriga o intérprete a captar o espírito reinante, a axiologia social. Nesse sentido, representa uma perspectiva política e sociológica da constituição como mecanismo de superação de conflitos<sup>90</sup>.

O processo de integração seria conduzido pelo intérprete da Constituição, mediante uma interpretação extensiva e flexível a partir de pressupostos históricos, culturais e axiológicos, levando-se em consideração a natureza política das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Neste contexto, a democracia seria realizada por meio da publicidade dos instrumentos de integração, da participação de todos os cidadãos nas decisões sobre questões pertencentes ao "âmbito de interesse geral". São questões de grande relevância social de ordem constitucional, razão pela qual são retiradas da disponibilidade decisória do princípio majoritário. O processo de integração da sociedade pluralista pressupõe a publicização do processo decisório de forma a permitir a captação do espírito cultural da comunidade. Nesse sentido, Peter Häberle, cuja teoria hermenêutica da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição encontra fundamento teórico na teoria da integração de Smend, diz que: "a teoria da interpretação constitucional tem colocado até aqui duas questões essenciais: a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, e a indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional) (regras de

---

<sup>90</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. Cit. Pag. 1.212 - 1.213.

interpretação). Não se conferiu até aqui maior significado à questão relativa ao contexto sistemático em que se coloca um terceiro problema relativo aos participantes da interpretação (...). Uma análise genérica demonstra que existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista. Isto já seria razão suficiente para a doutrina tratar de maneira destacada esse tema, tendo em vista, especialmente, uma concepção teórica, científica e democrática. (...) Propõe-se a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição"<sup>91</sup>.

O método científico-espiritual todavia, é objeto de contundentes críticas de ordem normativa. Habermas critica o método de Smend fazendo uma distinção entre princípios normativos e valores. Os princípios possuem natureza deontológica, os valores uma natureza teleológica. A interpretação jurídica não deve se sustentar em critérios pragmáticos, funcionalistas e teleológicos de ordem subjetiva, mas em critérios deontológicos de ordem objetiva democraticamente concebidos pelo legislador. Nesse sentido Habermas entende que: na medida em que uma Corte Constitucional "adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos"<sup>92</sup>.

Por fim passamos a abordar o último dos aspectos do moralismo reflexivo, a garantia da Constituição mediante a institucionalização da Jurisdição Constitucional.

---

<sup>91</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, Reimpressão em 2002. Pag. 10-13.

<sup>92</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Vol. I. Segunda Edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Pag. 316-317.

#### 2.2.4. Garantia: Jurisdição Constitucional

A normatividade constitucional não é uma qualidade da norma, é, na verdade, efeito do procedimento metódico de concretização<sup>93</sup>. Sendo assim, a normatividade da Constituição depende da eficácia social de suas normas, levada a efeito no processo jurisdicional de concretização. A institucionalização da justiça constitucional em um contexto dinâmico de separação de poderes pretendeu conferir à Constituição axiológica garantia de normatividade. De modo diverso do que ocorria no Estado legislativo de direito, quando a Constituição era compreendida, essencialmente, como documento político, dependente, pois, de *interpositio legislatoris*, no Estado constitucional, a Constituição é concebida como documento normativo. As normas constitucionais possuem eficácia normativa: além de conferirem aos cidadãos situações subjetivas de vantagem, instituem diretrizes axiológicas vinculantes da atuação tanto dos poderes públicos quanto dos privados<sup>94</sup>. A Constituição axiológica, para além de meras limitações formais de ordem processual, impõe limitações materiais atinentes ao conteúdo dos atos normativos. Com efeito, institui os poderes públicos em obrigações, impondo-lhes prestações normativas e materiais necessárias à concretização dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, nesse contexto, ganha enorme relevância na arquitetura institucional da separação de poderes. À jurisdição constitucional compete a aplicação, a interpretação e a concretização das normas constitucionais, de modo definitivo e vinculante, em um sistema difuso e concentrado de fiscalização da constitucionalidade das leis e demais atos normativos dos poderes públicos. Constitui, pois, instância contramajoritária de tutela da eficácia das normas constitucionais e dos direitos fundamentais.

Vigora, na maioria dos Estados constitucionais de tradição romano-germânica, um sistema misto de controle de constitucionalidade. A jurisdição constitucional, neste modelo, reúne elementos do modelo americano difuso de *judicial review* e do modelo austríaco de controle concentrado. A jurisdição constitucional, portanto, reúne as atividades de fiscalização concreta e abstrata de constitucionalidade. Todos os juízes e tribunais possuem

---

<sup>93</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit.

<sup>94</sup> SARLET, Ingo, Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Pag. 392 a 401.

competência para, no caso concreto, apreciar, *incidenter tantum*, uma questão prejudicial de constitucionalidade; o Tribunal Constitucional, por sua vez, possui competência para analisar, *principaliter tantum*, em abstrato, uma questão de constitucionalidade em um processo objetivo de constitucionalidade.

Além da fiscalização abstrata de constitucionalidade segundo um parâmetro<sup>95</sup> constitucional axiológico, a jurisdição constitucional realiza, mediante uma metódica prático-concretizante, a aplicação direta das normas constitucionais aos casos concretos. O moralismo reflexivo promoveu uma constitucionalização do ordenamento jurídico, impondo uma interpretação (interpretação conforme à Constituição) das leis à luz dos princípios e valores constitucionais. A propósito, podemos adaptar a metáfora da pirâmide de Kelsen. O sistema jurídico é comparado a uma pirâmide, na qual a Constituição ocupa o vértice, constituindo um prisma valorativo por onde a luz interpretativa penetra operando-se uma refração axiológica que colore o sentido e o alcance da legislação infraconstitucional. Sendo assim, os princípios constitucionais, além da perspectiva subjetiva, que outorga posições jurídicas fundamentais aos indivíduos - os direitos fundamentais -, devem ser vistos também em uma perspectiva objetiva, constituindo valor, diretriz interpretativa necessária à fixação do significado constitucionalmente correto das normas localizadas nos estratos inferiores da pirâmide jurídica.

A garantia jurisdicional da normatividade da Constituição constitui um controle jurídico sobre o político. A institucionalização da jurisdição constitucional estabelece um novo desenho institucional de separação de poderes. A juridicização de princípios e valores constitucionais agrega um elemento político na atividade jurisdicional do Estado, conferindo ao poder judiciário posição de destaque. Com efeito, a concretização judicial dos valores jurídicos abstratos pressupõe a recriação do direito a partir de considerações dos elementos da realidade concreta. Muito embora os poderes legislativo e executivo também estejam vinculados à concretização da Constituição, sujeitam-se ao controle jurisdicional de

---

<sup>95</sup> Jorge Miranda ensina que: "Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa - a Constituição - e outra coisa - um comportamento - que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base. MIRANDA, Jorge, 1941. *Manual de Direito Constitucional*. 4 Ed. 6 T: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Pag. 7 - 8.

constitucionalidade. A concretização legislativa das normas constitucionais, além disso, é feita mediante o emprego de cláusulas gerais, cujo significado somente é definido pelo judiciário na análise do caso concreto mediante uma interpretação constitucional das leis.

No próximo capítulo examino a ascensão institucional do poder judiciário. A judicialização da política, o ativismo judicial e as críticas formuladas a este modelo contemporâneo de separação de poderes.

### 3. ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

A ascensão institucional do Poder Judiciário promovida pelo movimento constitucionalista contemporâneo constituiu resultado, no âmbito da ciência do direito, do desenvolvimento da teoria das fontes a partir da constatação de que direito e realidade constituem elementos essenciais da atividade jurisdicional de concretização do direito. A propósito, Reinhold Zippelius<sup>96</sup> afirma que direito e realidade compõem as duas faces de uma mesma moeda, assumindo uma relação de reciprocidade, de influência e de mútua dependência. A revelação do significado e do conteúdo das normas jurídicas, portanto, depende da observação de elementos externos à ordem jurídica presentes na realidade social e reconduzíveis às fontes substanciais do direito - classificação de François Geny um século depois de Savigny fazer a distinção entre lei enquanto ato do Estado e o seu sentido, o *Volksgeist*<sup>97</sup>.

O direito é revelado através das fontes formais, as leis, as decisões judiciais, os atos normativos da administração pública, mas tem como fundamento constitutivo os dados da realidade social (cultura, tradições, aspectos biológicos, sociológicos e filosóficos da sociedade) como diretrizes para valoração dos fatos e do comportamento humano no contexto da disciplina social, atribuindo-lhes juridicidade. A propósito, ainda no Séc. XIX, Savigny distinguiu a lei (enquanto ato do Estado) e o seu sentido que repousa nas convicções comuns do povo, no seu espírito, *Volksgeist*<sup>98</sup>. Ele promoveu, assim, uma distinção entre atos formais de criação do direito e fontes do direito; os atos formais constituem o meio de revelação do direito tomando como fundamento as fontes filosóficas e axiológicas presentes nas convicções comuns do povo. Percebeu-se, portanto, que o direito não é um dado da natureza

---

<sup>96</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 83.

<sup>97</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1993. Pag. 200.

<sup>98</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Ob. cit.* São Paulo: Atlas, 1993. Pag. 200.

fincado em noções transcendentais de justiça de ordem metafísica jusnaturalista, mas um produto da cultura do homem construído a partir de dados substanciais da realidade social<sup>99</sup>.

Com fundamento nessa dicotomia, o jurista francês François Geny estabelece uma classificação das fontes do direito, cujo critério de distinção é o ângulo a partir do qual o observador examina o direito, se o seu aspecto dado, ou o seu aspecto construído. A partir deste critério de classificação, Geny visualizou: a) *fontes substanciais*, compostas por: i) elementos materiais que constituem os aspectos biológicos, psicológicos e fisiológicos do homem; ii) elementos históricos atinentes à tradição, aos hábitos sociais do homem sedimentados ao longo do tempo; iii) elementos racionais derivados da axiologia ética da comunidade; e iii) elementos ideais, representativos das diferentes aspirações do ser humano, garantia de direitos fundamentais. b) *Fontes formais*: a construção estatal levada a efeito mediante procedimentos legislativos, judiciários, administrativos e privados, determinante da juridicidade com base na valoração dos aspectos substanciais da realidade<sup>100</sup>.

Essa classificação institui um critério jurídico dogmático de sistematização e racionalização coerente do ordenamento com vistas à identificação e concretização do direito racionalmente controlável. Nesse sentido, Max Weber chama a atenção para o que denominou de "dominação legal", a crença na legitimidade do poder fundada na racionalidade e na eficiência da ordem<sup>101</sup>. Com base nesta premissa, pode-se concluir que a teoria das fontes

---

<sup>99</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Ob. Cit.* São Paulo: Atlas, 1993. Pag. 200. "A teoria das fontes, nas suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela se desenvolve, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe o seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado."

<sup>100</sup> FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *Ob. Cit.*

<sup>101</sup> Max Weber apresenta três diferentes meios de "justificações internas, fundamentos da legitimidade de uma dominação. Primeiro, a autoridade do 'eterno ontem', do costume sagrado por validade imemorable e pela disposição habitual de respeitá-lo: dominação tradicional, tal como a exerciam o patriarca e o príncipe patrimonial de antigamente. Segundo, a autoridade do 'dom de graça' pessoal, carisma: a entrega pessoal e a confiança em revelações, heroísmo ou outras qualidades de líder de um indivíduo: dominação carismática, tal como a exercem o profeta ou - na área política - o príncipe guerreiro eleito ou o soberano plebiscitário, o grande demagogo e o chefe de um partido político. Por fim, a **dominação, em virtude da 'legalidade', da crença na validade de estatutos legais da "competência" objetiva, fundamentada em regras racionalmente criadas, isto é, em virtude da disposição de obediência ao cumprimento de deveres fixados nos estatutos**". Grifo nosso. WEBER, Max, 1864-1920 *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Pag. 526. Tradução de Regis Barbosa e Karen

representou instrumento à disposição da dogmática jurídica para a racionalização e, conseqüentemente, para a legitimação da ordem jurídica em razão da sua objetividade, segurança e ordem<sup>102</sup>.

A consideração dos elementos substanciais da realidade como fundamento material de criação do direito, lança luzes à questão da legitimação do ordenamento pela relação que se estabelece entre prescrições normativas e realidade. Com efeito, uma lei, fonte formal, que formalizasse um desvalor, algo contrário ao *Volksgeist*, seria ilegítima pois não encontra correspondência com a fonte material ou substancial presente na realidade cultural do povo. Nesse contexto, a legitimidade do direito é aferida a partir do juízo sobre os diferentes graus de importância atribuídos às fontes formais e às fontes substanciais. Os resultados determinam uma hierarquia entre as fontes do direito que possibilita a identificação de diferentes modelos de direito e de Estado. A valorização da fonte formal a partir de premissas típicas como a soberania da lei, liberdade contratual, racionalidade ética, segurança jurídica e certeza, evidencia um modelo liberal juspositivista de direito que afasta a pretensão de validade do direito com fundamento na sua correspondência com as fontes substanciais, ou com princípios de justiça aferíveis a partir de uma moralidade pública.

A formulação teórica mais conhecida desse modelo formalista foi concebida por Kelsen<sup>103</sup>, segundo o qual o sistema jurídico constitui uma pirâmide normativa, uma ordem hierarquizada de normas. As normas localizadas na base da pirâmide retiram o seu fundamento de legitimidade nas normas superiores. Todas as normas do sistema se fundam na

---

Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. Tradução de: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*.

<sup>102</sup> Kelsen, a propósito, estabelece uma relação entre validade e eficácia, segundo a qual: "(...) a validade de uma norma, isto é, o devermo-nos conduzir tal como a norma determina, não deve confundir-se com a eficácia da norma, isto é, com o fato de que as pessoas efetivamente assim se conduzem. Mas também fizemos notar que pode existir uma relação essencial entre estas duas coisas - que uma ordem coercitiva que se apresenta como Direito só será considerada válida quando for globalmente eficaz. Quer dizer: a norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se apenas a uma Constituição que é a base de uma ordem de coerção eficaz". KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins, 2003. Pag. 51-52.

<sup>103</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins, 2003. Pag. 50-51.

lei fundamental, a Constituição, onde se estrutura a separação de poderes, a distribuição de competência e a disciplina do processo legislativo. O direito é norma pura. Portanto, tem como única fonte o próprio direito. A lei fundamental, localizada no vértice da pirâmide, por sua vez, encontra fundamento de legitimidade na norma hipotético fundamental, que resulta de um juízo hipotético da comunidade sobre a validade e eficácia da lei fundamental. Direito, portanto, segundo a concepção jus-positivista da teoria pura, tem origem no próprio direito, nas fontes formais, desconsiderando-se qualquer elemento substancial da realidade de ordem filosófica, sociológica ou econômica. O seu fundamento de legitimidade repousa unicamente no próprio direito a partir da legalidade formal.

A dogmática analítica, no âmbito do positivismo jurídico do Estado liberal, utiliza a noção de fonte do direito para atribuir validade e legitimidade ao direito com base na autoridade de onde emanam as normas. Como o seu objetivo é a identificação do direito para uma aplicação racional e segura, utiliza argumentos tópicos como a segurança e a certeza jurídica para estabelecer uma hierarquização das fontes estatais segundo o seu grau de objetividade. Com efeito, a autoridade democrática reconhecida ao legislador em virtude da concepção de lei, ato produzido pela representação popular, conduziu o poder legislativo a uma posição de supremacia. O princípio da legalidade constituía, nos termos de Ferrajoli, postulado metanormativo de identificação do direito vigente.

A teoria das fontes do direito, todavia, concebida como critério lógico-racional de hierarquização dos órgãos de criação do direito e, portanto, meio de legitimação da ordem jurídica juspositivista de matriz liberal, perde importância quando se percebe a relação indissociável entre realidade e direito<sup>104</sup> e a relação entre direito e moral. No pós-positivismo do Estado constitucional de matriz axiológica, a valorização dos elementos da realidade social como fundamentos metanormativos, racionais, de legitimação do ordenamento conduz, no âmbito da teoria das fontes, à ascensão da jurisprudência e do poder judiciário à posição de supremacia. A consideração da realidade subjacente ao direito, como fator indispensável à sua aplicação/concretização, confere à jurisdição natureza constitutiva, criativa, elevando o poder

---

<sup>104</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. Ob. Cit. Pag. 83. As normas jurídicas revelam seus conteúdos por "factos antropológicos e por fatores sociais, particularmente por necessidades e correlações de forças, bem como por outras circunstâncias, mas sobretudo pelos interesses que o direito deve regular".

judiciário a uma posição de supremacia. A constatação de que Direito e realidade compõe as faces da mesma moeda ensejou, na hermenêutica constitucional, uma distinção entre texto e norma<sup>105</sup>. A norma é o resultado da interpretação do texto inserido na realidade que pretende regular. De modo diverso do que ocorria no Estado liberal, o judiciário passa a criar o direito através do processo de concretização da lei. A utilização do elemento filológico, gramatical, do método jurídico clássico, constitui apenas a ponta do iceberg normativo<sup>106</sup> (Friedrich Müller), "apenas um ponto de partida para a concretização, bem como um limite para a concretização legal e legítima, posto que possui, como premissas, os preceitos de um Estado Democrático de Direito". A Constituição, que no jus-positivismo do Estado liberal era considerada apenas um documento político destituído de eficácia normativa, no Estado constitucional é dotada de força normativa, eficácia para conformar a realidade social por meio da concretização judicial de princípios e regras dotados de tessitura aberta, sensível, portanto, ao influxo da axiologia da realidade social. A análise da validade/legitimidade do ordenamento jurídico deixa de ser feita apenas com fundamento na forma, e passa a ser feita também com base no seu conteúdo ético, formalizado, implícita ou explicitamente, na Constituição em princípios gerais de justiça, concretizados a partir da razão pública presente na realidade histórica e cultural. A legitimação da ordem jurídica, portanto, passa a se fundar não apenas no princípio majoritário e na eletividade dos representantes parlamentares, mas na correspondência dos atos normativos com princípios constitucionais de justiça presentes na convicção comum do povo, no *Volksgeist*.

### **3.1. TEORIA DAS FONTES DO DIREITO NO ESTADO LIBERAL E SUA REPERCUSSÃO NA SEPARAÇÃO DE PODERES**

A ciência do direito do Estado liberal invoca argumentos tópicos atinentes à segurança jurídica e a certeza do direito para minimizar o papel das fontes substanciais. A ciência dogmática do direito de matriz liberal, portanto, salienta a importância das fontes formais

---

<sup>105</sup> MÜLLER, Friedrich. Ob. Cit. "a premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica, a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade".

<sup>106</sup> MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4 Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pag. 54.

como único centro de criação do direito, sem o qual nenhum elemento substancial da realidade pode ser reconhecido como direito. Pretendeu-se criar um sistema jurídico fechado<sup>107</sup> em que a valoração do comportamento humano, como devido ou não devido, ficasse restrita ao campo político a cargo do poder legislativo, único órgão com legitimidade democrática para determinação de juridicidade dos fatos. Distinguiu-se o ser, a realidade, do dever ser, o direito, como forma de restringir a atividade judicial ao campo da dogmática jurídica. A jurisdição, no Estado liberal positivista, somente conhece e revela o juízo de valor realizado pelo poder legislativo, faz um juízo objetivo, pois somente diz se uma conduta é conforme ou não ao ordenamento jurídico, aplicando a consequência prevista na lei sempre que sua hipótese normativa se concretiza na realidade fática. A função de estabelecer que algo deve ser, de dizer o que é o direito, pertence à esfera política de natureza zetética<sup>108</sup>, portanto, sensível às influências da filosofia, da sociologia e da economia. Campo reservado ao poder legislativo, mediante a valoração dos elementos da realidade social no processo de construção do texto normativo. Nesse contexto jus-positivista liberal, a identificação da norma com o texto legal em uma relação de sinonímia provoca o esvaziamento da atividade judicial de interpretação, circunscrevendo-a à dogmática jurídica pela vedação a considerações de ordem material pertencentes ao mundo do ser. No Estado liberal, portanto, o direito é um sistema autorreferente, autopoiético, pois constitui sua própria fonte de criação. Se estrutura, portanto, em um sistema hierarquizado de normas, no qual as normas de hierarquia superior constituem único fundamento de validade das demais, independentemente de considerações de ordem

---

<sup>107</sup> Em sua "Teoria Pura do Direito", Hans Kelsen restringiu o objeto do direito a um conhecimento apenas dirigido ao Direito, com exclusão de tudo que não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente, determinar como Direito. "Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (...) De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto". KELSEN, Hans. Ob. Cit. Pag. 1.

<sup>108</sup> Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., "o campo das investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo. Zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política, etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico. Na medida, porém, em que esse espaço é aberto, elas se incorporam ao campo das investigações jurídicas, sob o nome de Sociologia do Direito, Filosofia do Direito, Psicologia Forense, Histórica do Direito etc." FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Ob. Cit. Pag. 45.

moral, substancial, externos ao sistema jurídico. A legitimidade do ordenamento jurídico é aferida, pois, apenas na conformidade de criação de suas normas às regras de competência e de processo legislativo estabelecidos na lei fundamental, na constituição, independentemente da justiça de suas prescrições - *auctoritas non veritas facit legem*.

No Estado liberal, o princípio da legalidade tem natureza formal e constitui, conforme já mencionado, postulado de determinação do direito vigente. A separação de poderes, sob a égide da legalidade formal, eleva o poder legislativo a instância suprema de positivação do direito, pois, concebe-o como única fonte de expressão da vontade soberana do povo sem subordiná-lo a qualquer controle de ordem material ou institucional. Nesse contexto, o judiciário somente faz uma exegese formal, literal do enunciado legal, declarando a solução predeterminada na lei mediante uma atividade cognitiva de aplicação lógico-formal do direito vigente.

A concepção tradicional da separação dos poderes se fundamenta na ficção da representação parlamentar da soberania popular, titularizada pela Nação/Povo, como fundamento de todo o poder estatal. Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, no art. 3, proclamava que: "O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação". A revolução francesa, portanto, reconheceu a soberania como atributo da nação e não como poder absoluto do Rei de impor a sua autoridade sobre determinado território. Com efeito, o sistema político aristocrático, centralizado na figura do rei, foi substituído por um sistema político de democracia representativa, no qual o Parlamento constitui única instância de imposição coativa da vontade soberana da Nação. Nesse sentido, a revolução francesa apenas substituiu o absolutismo monárquico pelo absolutismo parlamentar com base na ficção da representação parlamentar e do princípio majoritário como meio de constituição da vontade soberana do povo.

A teoria das fontes no Estado liberal fundamenta-se no princípio da legalidade formal e na distinção entre os planos deontológico e ontológico - plano jurídico do dever ser e plano do ser, da realidade fenomenológica -, além do primado da soberania popular como fundamento do poder. Com efeito, promove a neutralização política do poder judiciário, mantendo a tradição da Europa continental de um modelo processual autoritário associado à monarquia absoluta. Modelo refratário ao poder dos juízes no qual eram proibidos de interpretar a lei. Surgindo dúvidas a respeito da inteligência da lei, eles deveriam suspender o

processo e remeter a questão a um órgão superior de natureza política. Na França, desde 1667, os juízes eram expressamente proibidos de interpretar normas cujo conteúdo não estivesse claro à exegese judicial. Havendo dúvidas na revelação do sentido normativo, o juiz deveria dirigir-se ao monarca que, sendo o autor da lei, era o seu único intérprete e guardião - *référé au législateur*. A vedação de atuação política do judiciário está prevista tanto na Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789, quanto na Lei Revolucionária de Agosto de 1790<sup>109</sup>, o Decreto 16 de 24 de agosto de 1790 proibiu os tribunais de fazerem regulamentos e obrigou-os a se dirigirem ao legislativo sempre que fosse necessário interpretar a lei - *référé facultatif*. A propósito, Robespierre defendeu que o vocábulo 'jurisprudência' deveria ser banido da língua francesa: "Num Estado que tem Constituição e legislação, a jurisprudência dos tribunais não pode ser outra coisa senão a própria lei". Em dezembro de 1790 instituiu-se a Corte de Cassação e criou-se o *référé nécessaire*, uma consulta ao legislativo em caso de divergência jurisprudencial.

Com base na neutralização política (Luhmann, 1972) do judiciário, a dogmática jurídica surge como teoria autônoma do sistema político de soberania popular, na medida em que permite a substituição da unidade política simbolizada pelo Rei por um sistema político complexo de comunicação entre forças sociais representativas da Nação<sup>110</sup>. A ciência dogmática do direito concebe um sistema normativo em que a lei assume lugar privilegiado de fonte exclusiva do ordenamento jurídico positivo, centralizando no poder legislativo as projeções normativas a partir da valoração da realidade. A positivação do direito, assim, corresponde ao processo de decisão política, levada a efeito pelo Parlamento, na condição de fonte de revelação da vontade soberana do povo, mediante o qual "todas as valorações, regras e expectativas de comportamento" adquirem validade jurídica<sup>111</sup>. A dogmática do direito, com o fim de circunscrever a atividade jurisdicional ao âmbito jurídico, elabora conceitos e

---

<sup>109</sup> Lei Revolucionária de agosto de 1790: "os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo". Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789. Cap. V, Art. 1: "O poder judiciário não pode em nenhum caso ser exercido pelo corpo legislativo, nem pelo rei"; Art. 3: "os tribunais não podem se imiscuir no exercício do poder legislativo, nem suspender a execução das leis".

<sup>110</sup> FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. Ob. Cit. Pag. 77.

<sup>111</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Hamburgo, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1972. Pag. 141.

métodos dogmáticos tendentes a reforçar os marcos que separam os campos político e jurídico, como, *v.g.*, a proibição de decisão *contra legem*, separação entre direito e moral, princípio da legalidade formal, método jurídico dogmático de interpretação da lei, aplicação da lei por subsunção, aproximação entre os conceitos de enunciado legal e norma, etc.

A concepção do direito como sistema normativo constitui resultado da pretensão da dogmática jurídica de atribuir segurança à sociedade burguesa mediante a previsibilidade do resultado interpretativo de um direito codificado - sem lacunas -, abrangente de todos os meandros da realidade social. Trata-se da redução do direito a um positivismo codicista, a exemplo do *code de Napoléon* que pretendeu sistematizar toda a disciplina da convivência social, dirimindo eventuais lacunas através da interpretação sistemática e teleológica<sup>112</sup>. No *ancién regime* a Justiça era ministrada através do arbítrio inconstante do poder, privando o jurisdicionado de qualquer previsibilidade acerca das decisões judiciais. A Escola da Exegese na França, no fim do Séc. XIX, como resposta à exigência burguesa de segurança jurídica, concebe a sistematização do direito através da valorização dos preceitos legais, da limitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e da estabilidade do direito<sup>113</sup>. Essa forma de pensar o direito, conhecida como ciência dogmática do direito, se funda na ideia de sistema como um método, ou instrumento metódico do pensamento dogmático do direito<sup>114</sup>. A aplicação do direito, neste contexto sistemático, constitui atividade formal<sup>115</sup> consistente em uma operação lógica de subsunção de hipóteses concretas às hipóteses abstratas previstas

---

<sup>112</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Pag. 32. Madrid: Trotta, 2003. "Com base nessas premissas a ciência do direito podia afirmar que as disposições legislativas nada mais eram do que partículas constitutivas de um edifício jurídico coerente e que, portanto, o intérprete podia retirar delas, indutivamente ou mediante uma operação intelectual, as estruturas que o sustentavam, isto é, os seus princípios. Esse é o fundamento da interpretação sistemática e da analogia, dos métodos de interpretação que, na presença de uma lacuna, isto é, da falta de uma disposição expressa para resolver uma controvérsia jurídica, permitiam individualizar a norma precisa em coerência com o sistema. A sistematicidade acompanhava, portanto, a plenitude do direito".

<sup>113</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva. Pag. 361.

<sup>114</sup> FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Ob. Cit.* Pag. 81.

<sup>115</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de Constitucionalidade do Direito Brasileiro*. *Ob. Cit.* Pag. 397. Discorrendo sobre a aplicação formal do direito, distanciada da esfera política, aduz que: "O termo formalismo é empregado aqui para identificar posições que exerceram grande influência em todo o mundo, como a da Escola da Exegese, na França, a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, e o Formalismo jurídico, nos Estados Unidos, cuja marca essencial era a da concepção mecanicista do direito, com ênfase na lógica formal e grande desconfiança em relação à interpretação judicial".

na lei, cuja adequação faz surgir efeitos jurídicos como consequências impostas pelo sistema normativo positivo. Pretendeu-se, pois, atribuir previsibilidade e segurança à jurisdição através da sua neutralização política, afastando-se da dogmática jurídica qualquer juízo pragmático de ordem política e zetética pertencentes a disciplinas externas ao direito, como a sociologia, a filosofia, a economia e a política.

Sucedo, todavia, que o modelo positivista, dogmático de direito, inserido no contexto histórico de desenvolvimento da realidade, mostrou-se incapaz de acompanhar as mudanças que se operaram na sociedade. Com efeito, a realização da liberdade e da igualdade no contexto da legalidade formal criou as condições necessárias para a problematização da legitimação social e moral do direito. A evolução social influenciada pela revolução industrial, associada à tutela da liberdade, como uma esfera pessoal isenta da intervenção do Estado, deu ensejo ao surgimento de uma diversidade de grupos sociais com peculiares formas de ver e viver a vida, determinando, por sua vez, a superação da noção de homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição de centralidade que a lei ocupava no Estado legislativo, como principal forma jurídica e exclusiva fonte do direito. Por outro lado, a igualdade formal, ao proibir a instituição de discriminações legais entre as pessoas com base nas diferenças materiais, deu causa a uma desproporção de forças que tornou os desiguais mais desiguais ainda, uma realidade de grande injustiça social que lançou luzes à questão da legitimidade da ordem jurídica, de sua sustentação ética a partir de uma ordem metanormativa constituída por princípios gerais de justiça. Como consequência, as distinções feitas pela ciência dogmática do direito, entre realidade e direito, ciências sociais e ciências jurídicas, ser e dever-ser, diluem-se enfraquecendo a linha de separação entre política e direito<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e correção normativa do direito*. 2 Edição. São Paulo: Landy, 2004. Pag. 46. Nesse sentido Ramos Duarte observa que: "a emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado, os quais desencadeiam, por conseguinte, a problematização da questão inerente à legitimação social e moral do próprio fenômeno jurídico, determinarão a superação das imagens da homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição central da lei, como forma jurídica e fonte do direito, que vinha ocupando no Estado Legislativo. Com efeito, a dissolução da imagem homogênea do jurídico será a consequência das tensões a que se vê submetido o ordenamento jurídico dadas a multiplicidade e heterogeneidade das pretensões sociais que se dirigem ao mesmo. O processo de normatividade da lei vincular-se-á não mais aos caracteres de uma codificação idealizada que pudesse abranger todas as preferências de uma sociedade cada vez mais plural, mas será concebido paralelamente aos processos autônomos de regulação social".

### **3.2. TEORIA DAS FONTES DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO E SUA REPERCUSSÃO NA SEPARAÇÃO DE PODERES**

No Estado constitucional contemporâneo, por sua vez, a ciência do direito atribuiu enorme valor às fontes substanciais, cujos elementos materiais, históricos, racionais e ideais foram elevados à posição de fundamento de legitimidade/validade da ordem jurídica. Reconheceu-se, no constitucionalismo contemporâneo, uma relação necessária entre direito e realidade social a partir da premissa de que as normas jurídicas revelam o seu conteúdo por "fatos antropológicos e por fatores sociais, particularmente por necessidades e correlações de forças, bem como por outras circunstâncias, mas sobretudo pelos interesses que o direito deve regular"<sup>117</sup>. A propósito, Müller enfatiza que a premissa de um dos erros fundamentais do positivismo na ciência jurídica é a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, a separação das normas e dos fatos, do direito e da realidade<sup>118</sup>.

A Constituição passa a ocupar papel central no ordenamento, permitindo, no âmbito da teoria das normas, em razão da normatividade dos princípios constitucionais, a inclusão de elementos metanormativos da realidade fenomênica como fontes do direito, com normatividade própria. A Constituição normativa atribui ao intérprete a função de construir a norma jurídica do caso concreto a partir dos seus princípios estruturantes e de elementos fáticos que se lhes agregam em face da indeterminação semântica das normas. A pauta axiológica subjacente aos princípios constitucionais, na condição de elemento racional das fontes substanciais, constitui diretriz interpretativa para a aplicação do direito, incrementando a atividade hermenêutica com os atributos da criatividade e liberdade racionalmente condicionada para a realização de uma exegese do texto legal compatível com a realidade fática.

---

<sup>117</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. Ob. Cit. Pag. 83.

<sup>118</sup> MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Pag. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

No Estado constitucional a Constituição é normativa. É, portanto, norma jurídica que se destina à transformação da realidade em conformidade com os valores e objetivos comuns da nação. De modo diverso do que ocorria no Estado liberal, ela passa a ter, além da eficácia formal de disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, a eficácia material de lhes impor limites substanciais de ordem axiológica. Ademais, impõe ao Estado prestações normativas e materiais indispensáveis à conformação da realidade de acordo com estes limites. Nesse contexto, vigora a supremacia da Constituição e a primazia da jurisdição constitucional na interpretação definitiva e vinculante das normas constitucionais. A supremacia é atributo da norma constitucional que, na hierarquia das espécies normativas, eleva a Constituição à posição superior de fundamento de validade e diretriz axiológica para a interpretação de todo o ordenamento. Representa o vértice da pirâmide normativa, o prisma axiológico que opera a refração da cognição judicial em valores e diretrizes de interpretação de todo o ordenamento jurídico. É possível, pois, identificar duas dimensões nos princípios constitucionais. Uma dimensão subjetiva, tutelar dos valores essenciais do homem como ser dotado de dignidade humana, atributiva do dever estatal de proteção e efetivação dos direitos fundamentais; e, uma dimensão objetiva, consubstanciando diretrizes axiológicas derivadas da razão pública presente na realidade social pluralista, a qual orienta a leitura constitucional do direito.

Nesse sentido, a Constituição faz a interface entre a política e o direito, instituindo limites jurídicos para a atividade política. Cabe a ela transformar a energia política do Poder Constituinte Originário em poderes constituídos, em instituições do Estado sujeitas a uma legalidade jurídica tributária da realidade social. A normatividade da Constituição axiológica, com efeito, autoriza a consideração dos elementos substanciais da realidade na aplicação do direito de forma a estabelecer, como já dito, em Müller, uma relação dinâmica de influência recíproca entre direito e realidade, o direito modifica a realidade, ao tempo em que é modificado por esta.

A Constituição institui os Poderes do Estado e promove uma distribuição de competência entre eles visando a realização de finalidades públicas. Os poderes legislativo e executivo recebem dela competências políticas de criar e executar o direito, espaço do processo político majoritário de democracia representativa, uma das vias de manifestação da vontade soberana do povo ou da nação. Por sua vez, ao poder judiciário a Constituição

reserva, além de competências técnicas, competências jurídicas de ordem política concernentes ao poder de fiscalização da constitucionalidade das leis, a verificação da necessária relação de adequação entre os elementos das fontes substanciais e o direito revelado mediante as fontes formais. Na separação de poderes do Estado constitucional, portanto, o poder judiciário assume posição privilegiada em relação aos demais, pois, além do poder contra-majoritário de invalidar uma decisão tomada pelos representantes do povo, a constitucionalização do direito promoveu a necessidade de concretização judicial de conceitos jurídicos indeterminados. A concretização do direito, portanto, constitui atividade judicial de incorporação de elementos substanciais da realidade na lacuna normativa derivada da indeterminação semântica e plasticidade das normas constitucionais. Trata-se de método de integração e atualização do direito diversa do método dogmático codicista do Estado liberal. Diante da impossibilidade do legislativo acompanhar a velocidade das mudanças sociais, a ciência da legislação, mediante o emprego de cláusulas abertas, atribui à norma baixa densidade normativa de forma a permitir que o juiz a integre e a atualize com os cambiantes elementos da realidade social em permanente evolução. A concepção sistemática, dogmática e formal do método jurídico clássico de interpretação do direito, forma liberal de integração/colmatação do direito a partir dos seus próprios elementos estruturantes, expõe a ordem jurídica à erosão permanente das mudanças e cria uma relação anacrônica entre o conservadorismo do código e a dinamicidade da realidade social. A aplicação do direito mediante atividade judicial concretizadora de natureza constitutiva e criativa, nesse contexto, enfraquece as linhas que, no Estado liberal, demarcam a separação entre os campos político e jurídico.

Sucedem, todavia, que, nos Estados constitucionais democráticos de direito, todos os poderes públicos exercem soberania em nome da nação/povo. Sendo assim, recebem competência para o desempenho de um múnus público, o poder é ancilar às finalidades para as quais foi criado<sup>119</sup>. A competência, nesse sentido, antes de constituir poder, é um dever. Todos os poderes públicos estão vinculados à Constituição, onde encontram, além do fundamento de validade, as diretrizes axiológicas que lhes dirigem a atuação na promoção das

---

<sup>119</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

finalidades constitucionais. A jurisdição constitucional não foge à regra, representa poder concebido para o fim de assegurar o exercício democrático do poder político, devendo, portanto, não se converter em arbítrio judicial.

No contexto de democracias dualistas, como a norte americana, a jurisdição constitucional representa um "fórum de princípios", onde se coloca em debate as decisões raras do povo tomadas no momento constituinte, assegurando-se que prevaleçam em relação às decisões quotidianas, tomadas por maiorias circunstanciais no poder, eventualmente lesivas aos direitos das minorias. Constitui, pois, outra instância democrática de manifestação da soberania da nação/povo, onde os diversos grupos sociais veiculam argumentativamente sua interpretação constitucional em um processo orientado pelo princípio constitucional do contraditório. Assim, as interpretações vertidas no processo constitucional pelas partes devem, ao menos em tese, ter aptidão para influenciar a interpretação oficial das normas constitucionais. Diante disso, o poder judiciário, detentor da interpretação definitiva e vinculante da Constituição, não deve ser exercido de forma arbitrária, a veicular subjetivismos e preferências políticas, filosóficas ou partidárias dos juízes, mas deve ser fiel às razões públicas<sup>120</sup>. Com essa finalidade dialética, os juízes estão jungidos ao dever de motivar suas decisões levando em consideração todos os argumentos trazidos ao processo público de interpretação constitucional. Deve, portanto, expor as razões pelas quais acolhe ou refuta os argumentos trazidos ao debate constitucional, fixando uma decisão racionalmente controlável, segundo critérios constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade. A jurisdição constitucional, portanto, exerce a função de guardião dos princípios gerais de justiça,

---

<sup>120</sup> John Rawls e Ronald Dworkin falam respectivamente em "razão pública" e "fórum de princípios". DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Pag. 69-71. Cambridge: Harvard University Press, 1985. Algumas questões fraturantes, de grande controvérsia social, devem ser tratadas como questões de princípios - morais ou políticos - e não como questão de poder político, atinente à vontade majoritária, aquelas que envolvem direitos fundamentais; "as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo". RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. "A razão pública se aplica também, e de forma especial, ao Judiciário e, acima de tudo, à suprema corte, onde haja uma democracia constitucional com controle de constitucionalidade. Isso porque os Ministros têm que explicar e justificar suas decisões, baseadas na sua compreensão da Constituição e das leis e precedentes relevantes. Como os atos do Legislativo e do Executivo não precisam ser justificados dessa forma, o papel especial da Corte a torna um caso exemplar de razão pública".

assegurando a primazia dos valores neles encartados sobre as vontades majoritárias ocasionais.

Segundo a teoria política de justiça de Rawls, os princípios gerais de justiça são identificados a partir de ideias fundamentais implícitas na cultura política de uma sociedade democrática, abrangente de instituições políticas e de suas interpretações<sup>121</sup>. Esses fundamentos morais não têm origem metafísica, mas são determinados em um procedimento construtivista, racional, neutro e coletivo, uma esfera pública de construção de consensos através de um exercício racional e reflexivo, em que cada sujeito apresenta argumentos razoáveis acerca de valores políticos prioritários. Trata-se de concepção substancialista de jurisdição que permite a revelação de uma razão política, pública, acerca dos princípios gerais de justiça, a partir da ideia de equidade e de uma situação em que o debate não seja contaminado por interesses segmentados. Com efeito, a concepção de justiça e de seus princípios gerais derivados da razão pública nem sempre qualificar-se-á de boa, a depender de quem a examina, pois a noção de bem resulta de uma racionalidade individual, de critérios pessoais, filosóficos ou religiosos, impossíveis de serem universais em sociedade plurais, motivo pelo qual questões morais de justiça devem ser discutidas em um fórum de princípios com base em critérios argumentativos e não com base no princípio majoritário.

No contexto de sociedades pluralistas, a valorização das fontes substanciais do direito encontra na jurisdição constitucional espaço ideal para a discussão da "razão pública" e da "concepção de justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como base de um acordo político racional, expressão da razão política e pública compartilhada de uma sociedade"<sup>122</sup>. Trata-se de um "fórum de princípios" onde o judiciário desempenha função contramajoritária de tutela das minorias. Desempenha, portanto, função democrática de promoção dos valores de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana impondo aos poderes políticos igual respeito e consideração às diferenças e às minorias, deferência à liberdade de ser diferente, exigindo-lhes, outrossim, o cumprimento de suas obrigações sociais. Pois, os poderes

---

<sup>121</sup> RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000. Pag. 56.

<sup>122</sup> RAWLS, John. Ob. Cit. Pag. 56.

públicos devem ser exercidos com vistas à realização dos fins para os quais foram criados, construir uma sociedade democrática, livre, justa, igualitária e solidária de forma a permitir a todos uma existência digna. Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos aduz que, "temos direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades"<sup>123</sup>.

### 3.3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A função atribuída aos Tribunais Constitucionais e às Supremas Cortes de velar pela normatividade da constituição colocou o poder judiciário em posição central no arranjo institucional da democracia constitucional. A jurisdição constitucional, neste contexto, funciona como "fórum de princípios", instância onde são debatidas questões relevantes do ponto de vista moral e político retiradas, pela Constituição, do debate político em razão de sua importância ao regime democrático e da inadequação de serem decididas por maiorias ocasionais no poder. Os princípios constitucionais abrigam os valores mais caros da existência humana, motivo pelo qual devem estar resguardados das maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem. Eis que a Constituição não pode se subjugar às maiorias legislativas transitórias. Com efeito, a jurisdição constitucional garante a supremacia dos direitos fundamentais sobre decisões legislativas obedientes à lógica do jogo político, do fisiologismo, do compadrio e do lobby de fatores reais de poder. As maiorias parlamentares se vinculam a preferências cambiantes, contaminadas por concepções ideológicas, morais, religiosas e filosóficas, não constituindo instância adequada para discussão de questões relevantes do ponto de vista da dignidade do homem.

A adequação da via jurisdicional para o tratamento destas questões, não raro, polêmicas, acerca das quais existe um razoável e persistente desacordo moral, justifica-se pelo

---

<sup>123</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Pag. 56. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

fato de que os juízes constitucionais devem fundamentar suas decisões em argumentos de princípios, fazendo uma leitura moral da Constituição. Nesse sentido, Rawls sustenta que, "os Ministros têm que explicar e justificar suas decisões baseados na sua compreensão da Constituição, das leis e precedentes relevantes; os atos do legislativo e do executivo não precisam ser justificados dessa forma". Constituem-se as Cortes supremas, pois, em instância especial de debate das "razões públicas", onde as questões de princípios devem ser decididas com base em argumentos de razão pública, em procedimentos que assegurem a todos oportunidade de participação.

Dito isso, é possível concluir que a judicialização da política<sup>124</sup> significa que questões relevantes de ordem política, social e moral estão sendo decididas, de forma definitiva e vinculante, no campo jurídico pelo Poder Judiciário. É o resultado da evolução da teoria das fontes do direito, a valorização das fontes substanciais - normatividade dos princípios constitucionais -, da aproximação do direito à realidade e a busca de fundamentação moral do direito a partir de valores éticos de justiça, como a equidade e a dignidade da pessoa humana. A judicialização da política significa ainda uma transferência de poderes políticos para o poder judiciário, uma interpenetração entre as atividades de criação e interpretação jurisdicional do direito.

A compreensão da separação de poderes, tal como desenhada nas democracias parlamentares do Estado liberal, encontra-se em crise. Prevalece hoje, no desenho institucional das democracias ocidentais, uma noção dualista de democracia participativa. A jurisdição constitucional assegura que as decisões constituintes, raras do povo, prevaleçam sobre as decisões quotidianas dos poderes constituídos. Com efeito, a jurisdição constitucional, no contexto de democracias constitucionalistas, é garantia de exercício do poder em conformidade às finalidades constitucionais em razão das quais foi instituído. Tem

---

<sup>124</sup> Na definição de Tate e Vallinder, "judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes". VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power : The Judicialization of Politics*. New York : New York University, 1995.

competência constitucional, portanto, para impor ao Poder público obrigações materiais<sup>125</sup> que, em razão da escassez estatal de recursos, deveriam decorrer de uma política pública de definição de prioridades. Além disso, tem competência para, no exercício do controle de omissões legislativas, impor ao legislador obrigações normativas de integração da aplicabilidade de normas constitucionais de eficácia limitada<sup>126</sup>. A judicialização da política, pois, é resultado da normatividade de princípios constitucionais abertos que impõe a integração judicial de políticas públicas quando estas se revelarem insuficientes ou inadequadas à garantia dos direitos fundamentais.

### 3.4. ATIVISMO JUDICIAL

A locução "ativismo judicial" foi criada nos Estados Unidos em um artigo de Schlesinger Jr. sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*<sup>127</sup>, a expressão é utilizada para descrever o modo de atuação de um grupo de juízes desta Corte, grupo de Black e de Douglas, qualificada pela pretensão afirmativa de promoção do bem-estar social. O grupo ativista de Black e de Douglas contrapunha-se ao grupo de Frankfurter e Jackson, tributário de uma postura judicial de *self-restraint*, mais contida e prudente. A locução "ativismo judicial", portanto, é o antônimo de autocontenção judicial e designa uma atitude judicial, o modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, uma exegese do texto constitucional ampliativa do seu sentido e alcance<sup>128</sup>. Nessa acepção, também foi utilizada

---

<sup>125</sup> Com base na força normativa dos princípios, o Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, condenou o Poder Público a implementar uma série de medidas destinadas a assegurar direitos que estavam sendo desrespeitados, v.g., Município condenado a fornecer vaga em creche a criança de até 5 anos de idade (STF. RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016); Administração Pública condenada a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento (STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014; Estado condenado a garantir o direito a acessibilidade em prédios públicos (STF. 1ª Turma. RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013; Poder Público condenado a realizar obras emergenciais em estabelecimento prisional (STF. Plenário. RE 592581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015).

<sup>126</sup> Normas de eficácia limitada, segundo classificação do Prof. José Afonso da Silva, são aquelas destituídas de eficácia social em razão da ausência de conformação legislativa. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Pag. 126-127.

<sup>127</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 7 Edição, 2016. Pag. 387.

<sup>128</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ob. Cit.* Pag. 388.

para qualificar o modo de atuação da Suprema Corte norte americana no período em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969, marcado por uma jurisprudência progressista<sup>129</sup> em matéria de direitos fundamentais, sem previsão expressa de lei dando-lhe suporte.

O ativismo judicial representa uma postura que se localiza em um dos extremos da medida de aferição da prudência e da virtude no âmbito da jurisdição constitucional. Revelam-se viciosos ambos os extremos, tanto o formalismo exagerado que mantém o *status quo* de dominação política majoritária a despeito da normatividade dos princípios constitucionais de justiça, quanto o interpretativismo arbitrário do poder judiciário que permite uma interpretação particularista, solipsista, carregada por valores pessoais em detrimento da razão pública derivada dos valores constitucionais.

O ativismo judicial representa um comportamento antidemocrático do judiciário, vicioso, claramente posicionado em um dos extremos: ou o excesso de interpretativismo, ou a sua escassez, o formalismo dogmático do não-interpretativismo<sup>130</sup>. Posições inconciliáveis à virtude, ao equilíbrio exigido do juiz constitucional em razão da sua relevante função institucional de garantia do exercício democrático do poder. Com efeito, o ativismo judicial é o vício de interpretação consistente na utilização de fundamentos de pouca nitidez constitucional para impor subjetivismos, é a utilização da estrutura normativa aberta dos princípios como meio de legitimação do arbítrio. Nesse sentido, constitui ativismo judicial: a) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislativo e do executivo que não sejam claramente inconstitucionais, com base em critérios menos rígidos que aqueles que

---

<sup>129</sup> *Brown v. Board of Education*, 1954, caso no qual se considerou ilegítima a segregação racial nas escolas; *Miranda v. Arizona*, 1966, fixação do direito de não autoincriminação; *Gideon v. Wainwright*, 1963, garantia de defesa por advogado aos acusados em processo criminal; *Griswold v. Connecticut*, 1965, fixação do direito de privacidade, vedação ao Poder Público de invadir o quarto de um casal para reprimir uso de contraceptivos; *Roe v. Wade*, reconhecimento judicial do direito reprodutivo da mulher pela vedação à criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação. Esse último precedente influenciou o Min. Luís Roberto Barroso, no Brasil, em um caso concreto, examinado pela Primeira Turma do STF, a reconhecer a inconstitucionalidade dos dispositivos do código penal que criminalizam o aborto até o terceiro mês de gestação, por violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, o direito à autonomia de fazer suas escolhas e o direito à integridade física e psíquica. Decisão que, contudo, possui efeitos apenas inter partes, pois proferida, *incidenter tantum* sobre questão prejudicial de mérito em processo subjetivo.

<sup>130</sup> Uma análise panorâmica da distinção na doutrina norte americana entre "interpretativismo e não-interpretativismo" e na doutrina alemã entre método científico espiritual e método dogmático; CANOTILHO, J.J. Gomes. Teoria da Constituição.

identificam ostensiva violação à Constituição; b) desprezo aos precedentes judiciais vinculantes<sup>131</sup>; c) usurpação de função legislativa ao disciplinar judicialmente norma constitucional de eficácia limitada no exercício do controle abstrato de constitucionalidade por omissão legislativa<sup>132</sup>; d) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente de manifestação do legislador ordinário<sup>133</sup>; e) imposição de obrigações ao poder público no caso de políticas públicas insuficientes no âmbito dos direitos fundamentais à saúde e à educação; f) emprego, na atividade hermenêutica, de uma metódica cambiante<sup>134</sup> de acordo com uma decisão pré-determinada comprometida com preferências ideológicas, filosóficas e políticas do intérprete.

Por outro lado, na perspectiva formalista da escassez interpretativa - não interpretativismo -, também é possível concluir como ativista a interpretação judicial excessivamente cognitiva e declaratória, de sorte a conferir demasiada liberdade aos demais poderes para, ao líbito de paixões momentâneas do poder, corroer a normatividade da Constituição. Nesse caso, apresentam excessiva deferência aos poderes políticos, outorgando-

---

<sup>131</sup> No Brasil a jurisprudência se modifica na medida em que se modifica o perfil das partes processuais, a exemplo do decisões monocráticas de ministros cujos votos foram vencidos na decisão acerca do cumprimento provisório de sentença penal condenatória após segunda instância de julgamento.

<sup>132</sup> Alguns exemplos dessa modalidade de ativismo no Brasil pelo STF, disciplina do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, diante da inexistência de disciplina legal, o STF determinou a aplicação do regime privado prevista em lei específica para os trabalhadores da iniciativa privada. Fixação do rito procedimental para a tramitação do impeachment do presidente da República.

<sup>133</sup> No contexto brasileiro, o reconhecimento de União estável entre pessoas do mesmo sexo, atribuindo proteção estatal ao núcleo familiar constituído pela incidência de efeitos no âmbito previdenciário, civil, penal, etc.

<sup>134</sup> Nesse sentido a crítica de - MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. 2000. Pag. 193. Acessível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICIÁRIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf> - sobre o papel que assumiu o Tribunal Constitucional Alemão como corte da razão pública, no contexto do constitucionalismo valorativo: "A ascensão da justiça a última instância de consciência da sociedade é acompanhada, em alguns ramos dos tribunais, por um método de aplicação do direito que em face das representações de Montesquieu não somente as corrige em seus momentos ilusórios como as inverte detalhadamente. As leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias. Entre as teorias da metodologia jurídica hoje predominantes quase que desaparece o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do 'método adequado' entre outras concepções concorrentes".

lhes largos espaços para atuação, situação que deixa ao desabrigo valores caros à humanidade e diminui a força normativa da Constituição.

Tanto em um caso como no outro, o ativismo como postura judicial de vanguarda iluminista<sup>135</sup>, ou o ativismo como postura judicial excessivamente formal, de manutenção do *status quo* das relações de domínio e de injustiças sociais, institui-se um quadro de nominalização da Constituição. No primeiro caso, por substituir a razão pública, derivada dos valores constitucionais, pelo arbítrio judicial presente no subjetivismo interpretativo; no segundo caso, por permitir que decisões majoritárias, formadas em momentos de conturbação social, ignore os princípios constitucionais de justiça que impõe igual respeito e consideração a todos.

Dito isso, conclui-se que a realização efetiva dos valores democráticos da liberdade e da igualdade impõe o desempenho virtuoso da jurisdição constitucional mediante o exercício judicial da prudência e da moderação. O judiciário, pois, não constitui instância hegemônica a ponto de substituir a vontade democraticamente formalizada no Parlamento, nem constitui o mais fraco dos poderes de forma a não apresentar qualquer resistência ao exercício abusivo e antidemocrático do poder político. Deve, pois, observar os contornos jurídico-constitucionais e científico-hermenêuticos que demarcam o âmbito legitimamente democrático de exercício da jurisdição constitucional. Com efeito, constituem-se limites democráticos à jurisdição constitucional, de um lado, os postulados constitucionais da correição funcional, unidade da constituição, conformidade prática e a metódica hermenêutica; e, de outro lado, a definição constitucional de critérios jurídicos adequados à escolha dos juízes constitucionais, independência dos órgãos de jurisdição constitucional, controle das decisões pela argumentação/motivação racional das decisões judiciais e observância dos precedentes judiciais. Em conclusão, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional pode ser

---

<sup>135</sup> Defendendo que a Justiça Constitucional possui um papel de "vanguarda iluminista", BARROSO, Luiz Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*. Artigo acessado em 25 de abril de 2018, <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. "Em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população".

medida na exata proporção em que se aproxima da mediania. Será tão maior, quanto mais virtuosa se mostrar. Será legítima quando equilibrada e, portanto, medianamente posicionada entre os extremos que caracterizam o ativismo judicial.

### 3.5 CRÍTICAS NORMATIVAS À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O desenho institucional da separação de poderes no Estado constitucional contemporâneo tem suscitado as mais diversas críticas quanto à judicialização da política. Questiona-se a legitimidade democrática da ampliação excessiva do poder judicial de interpretar a Constituição a partir de valores éticos nela consagrados e de arbitrar o persistente desacordo sobre o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais. As críticas de abordagem normativa<sup>136</sup> focalizam a análise na forma como as instituições devem se comportar para a efetiva realização da democracia<sup>137</sup> e tem como premissa o modelo tradicional de democracia de matriz liberal. A perspectiva normativa se contrapõe à perspectiva positiva ou analítica.

---

<sup>136</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Curitiba: Revista Sociologia e Política, 2004. Pag. 116. Acessível em <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. "De maneira sintética, o debate em torno da judicialização da política pode ser expresso de duas maneiras: 1) normativa, que aborda a chamada supremacia da Constituição sobre as decisões parlamentares majoritárias. Essa discussão é de grande importância teórica e avalia, entre outras coisas, os dilemas da evolução do constitucionalismo sobre o modelo tradicional (Westminster) de fazer-se política, ou seja, o vasto debate entre democracia e constitucionalismo. Nessa linha e de modo resumido, podemos destacar o debate normativo entre os que são a favor da judicialização, como Dworkin (2001) e Cappelletti (1993), os que são a favor desde que sejam expressos certos limites, como Habermas (1997) e Garapon (1999) e os que são contra, como Ely (1980) e 2) analítica, que se preocupa com o ambiente político e institucional, com as "polias e engrenagens" do processo político em questão. Portanto, está preocupada em como definir, medir e avaliar o processo de judicialização da política. O nosso trabalho dirige-se a e preocupa-se com a segunda abordagem.

<sup>137</sup> A abordagem normativa centraliza a análise nas virtudes e nos defeitos da consagração da jurisdição constitucional na Lei Fundamental, tendo como parâmetro a sua conveniência para a realização dos valores subjacentes ao princípio democrático. Nos Estados Unidos há uma grande discussão abordando a legitimidade democrática da jurisdição constitucional sob a perspectiva normativa. Uma noção do debate em: CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism*. Pag.673-690. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3798&context=facpubs> "Meanwhile, some progressives are already turning against the courts. In the last several years, the trendiest development in constitutional scholarship has prominent progressive scholars arguing against judicial review. Mark Tushnet's stunning book, *Taking the Constitution away from the Courts*, argues for the elimination of the authority for courts to invalidate legislative and executive decisions." Other prominent scholars, including Larry Kramer," Richard Parker," and Jeremy Waldon,a4 have also argued against judicial review and for a far more modest role for the courts. This body of scholarship has acquired the label "popular constitutionalism," reflecting the notion of people-not judges -interpreting the Constitution". Pag. 675. Também em WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, 2006. Acessível em: [https://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron\\_core\\_of\\_the\\_case\\_against\\_judicial\\_review.pdf](https://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf).

Elas se distinguem na medida em que esta, a positiva, é uma abordagem de Política Judicial, enquanto aquela, normativa, é uma abordagem que avalia, entre outras coisas, os dilemas da evolução do constitucionalismo sobre o modelo tradicional (Westminster) de fazer política, o debate entre constitucionalismo e democracia. Com efeito, as críticas de abordagem normativa sustentam que a jurisdição constitucional carece de legitimidade democrática pela dificuldade contramajoritária que se lhe apresenta. Revela-se antidemocrática quando invalida a lei, a expressão majoritária da vontade popular democraticamente formalizada. Alexander Bickel<sup>138</sup>, abordando essa dificuldade, sustenta que o *judicial review* é uma força contramajoritária, pois a invalidação de um ato legislativo se opõe à vontade de representantes do povo democraticamente eleitos. Portanto, exerce um controle, não em nome da maioria, mas contra ela. Esse controle, todavia, é o poder de aplicar e interpretar questões relevantes que a Constituição retira do domínio da vontade da maioria legislativa, que fica, portanto, impotente para se opor ao judiciário nestas matérias.

As críticas normativas à jurisdição constitucional se apresentam sob várias perspectivas, variam conforme o ângulo a partir do qual ela é colocada sob análise. Destacaremos aqui a crítica político-ideológica, a crítica quanto à capacidade institucional e a crítica da limitação que a jurisdição impõe ao debate<sup>139</sup>. A crítica política tem em Jeremy Waldron<sup>140</sup> um dos principais representantes, segundo ele, nas sociedades democráticas, onde o Parlamento não seja "disfuncional", questões de grande relevância acerca das quais haja grande controvérsia social devem ser resolvidas no Parlamento mediante um devido processo legislativo. Nesse sentido, também, Hand Learned<sup>141</sup>, para quem a vinculação da lei a valores e princípios éticos de justiça enfraquece a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Sob a perspectiva política, argumenta-se ainda que não há garantias de que o poder judiciário seria mais eficiente na tutela dos direitos fundamentais.

---

<sup>138</sup> BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. Pag. 16-17. 2. ed. New Haven, Yale University Press. 2 Edição, 1986. "*Judicial review is a counter-majoritarian force our system (...)*".

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ob Cit.* Pag. 390-394.

<sup>140</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

<sup>141</sup> HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

Do ponto de vista ideológico, os críticos percebem o judiciário como uma instância conservadora quanto ao tradicional equilíbrio de poder e distribuição de riquezas na sociedade. Nesse sentido, a judicialização da política serviria como reação contra a democratização do poder, uma forma de inibir decisões que promovam uma ruptura do *status quo* de privilégios. Hirschil<sup>142</sup> observa que a judicialização da política, como resultado da constitucionalização do direito, constitui um pacto entre três instâncias de poder social: a) as elites políticas hegemônicas, pretendendo preservar suas orientações ideológicas contra as vicissitudes da política democrática; b) as elites econômicas que nutrem certa antipatia ao governo pelas restrições impostas à autonomia privada; c) as cortes supremas, que pretendem fortalecer o seu poder e a sua posição institucional no desenho contemporâneo de divisão de poderes. Essa linha de pensamento parece se filiar à concepção sociológica de Constituição de Lassale, de que a verdadeira Constituição é a soma dos fatores reais de poder que se manifestam na sociedade, merecendo a crítica de Konrad Hesse, segundo a qual, a Constituição normativa tem a função de conformar a realidade aos valores sociais nela previstos, e não meramente descrever a configuração de forças sociais.

A perspectiva ideológica, entretanto, também serviu ao Prof. Reis Novais para defender a jurisdição constitucional. Em uma visão diametralmente oposta à de Hirschil, entende o Prof. Reis Novais que entregar a arbitragem de desacordos sobre o real conteúdo, contornos e limites do direito fundamental ameaçado à decisão democrática do Parlamento, em nome da sacralidade do direito à igual participação política democrática, "seria a melhor forma de neutralizar ou recuperar, a favor das posições dominantes, o conteúdo emancipador desse mesmo direito à igualdade, já que o problema só surge, precisamente, quando essas posições dominantes se enquistam no não reconhecimento da igual dignidade de concepções, grupos ou indivíduos isolados, minoritários ou mais débeis, mas o fazem num contexto de democracia representativa e, logo, ao abrigo da observância das regras procedimentais democráticas".<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> HIRSCHIL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of de new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. Pag. 214.

<sup>143</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 1 Edição, 2012. Pag. 146.

Quanto à capacidade institucional, entende a doutrina que, embora a interpretação da Constituição seja feita de forma definitiva e vinculante pelo poder judiciário, não significa que ele se convolou em instância hegemônica<sup>144</sup>. Há matérias que não devem ser decididas pelos Tribunais, especialmente aquelas que dependem de "capacidade institucional" e as que podem produzir efeitos sistêmicos indesejados. Questões que apresentam grande complexidade técnica cujas decisões podem provocar impactos relevantes e indesejáveis na ordem econômica, política ou social devem ser apreciadas em outras instâncias, mais preparadas para discussão de matérias exigentes de formação específica, alheia aos conhecimentos jurídicos.

Em relação à suposta limitação do debate, argumenta-se que a judicialização da política terá como consequência a elitização do debate e a exclusão das pessoas na participação do processo público de decisão sobre questões relevantes do ponto de vista moral e político, transformando a democracia em aristocracia judicial. Waldron observa que a judicialização tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente para um outro altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideias acerca de interpretação<sup>145</sup>.

### **3.5.1. Liberalismo Político**

Ainda hoje, em meio ao constitucionalismo contemporâneo, as teorias críticas à judicialização da política se valem, anacronicamente, de pressupostos do modelo liberal. Esse modelo, como já mencionado ao longo de toda a dissertação, tem como premissas a legalidade formal, a supremacia do Parlamento e a natureza declaratória da jurisdição.

Segundo a premissa da legalidade formal, a principal função da Constituição é assegurar uma esfera de liberdade individual isenta de interferência estatal, garantir proteção contra uma indevida ingerência do Estado nas liberdades negativas do homem. Nesse

---

<sup>144</sup> MELLO, Celso. STF, MS23.452. Voto disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>.

<sup>145</sup> BARRROSO, Luís Roberto. *Ob. Cit.* Pag. 393.

contexto, o poder judiciário restringir-se-ia a garantir a legalidade através de uma atividade cognitiva e declaratória da vontade parlamentar previamente definida na lei. O Poder Legislativo, portanto, constituía única instância de deliberação política, único representante legítimo da soberania popular. A lei era o único instrumento legítimo de revelação da vontade popular. Nesse contexto de representação parlamentar da soberania popular, de democracia representativa exclusivamente fundada no princípio majoritário, as leis e os atos normativos não seriam suscetíveis de qualquer limitação ou oposição jurisdicional. A objeção contramajoritária esvaziaria qualquer suporte de legitimidade democrática da jurisdição criativa, sobretudo quando o ato jurisdicional se fundasse na abertura de princípios éticos de justiça, ocasião em que as pré-compreensões do juiz com pouca nitidez constitucional poderiam assumir em relação à sociedade uma função moralista, equivalente à figura paterna em relação aos filhos, "superego da sociedade" na metáfora de Ingeborg Maus.

A crítica do liberalismo político ao papel das cortes constitucionais, portanto, condiciona a legitimidade democrática da jurisdição à observação dos pressupostos teóricos do Estado liberal de direito. Segundo ela, a aplicação e a interpretação jurisdicional da lei somente é legítima através da técnica lógico-formal da subsunção, de sorte a lhe atribuir um sentido e alcance o mais próximo possível do seu sentido literal e original. A jurisdição deve se manter o mais neutro possível em relação a questões morais e políticas alheias ao universo jurídico. Subordina-se absolutamente à vontade soberana da Nação/Povo previamente definida na lei de forma suficientemente precisa, clara e completa.

Convém, por oportuno, mencionar a crítica que Ingeborg Maus<sup>146</sup> dirigiu à jurisdição constitucional alemã. Segundo ela, o Tribunal Constitucional alemão assumiu o papel de superego da coletividade, da mesma forma que os pais em relação aos filhos na formação do ego. O constitucionalismo valorativo, portanto, produz a infantilização da sociedade que, sendo madura, deve se desvincular da intermediação moral da figura paterna. Essa representação paterna pode ser bem percebida na popularidade da jurisdição constitucional. O crescimento no Séc. XX da jurisdição constitucional, o "Terceiro Poder", identificado à figura

---

<sup>146</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. 2000. Pag. 193. Acessível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICIÁRIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Pag. 183 - 187.

paterna, não se resume à ampliação objetiva das funções do judiciário, o aumento no poder de interpretação, mas também, em contrapartida, se verifica na confiança e aceitabilidade popular à jurisdição constitucional, ganhando contornos de uma quase veneração religiosa. Nesse sentido, identifica-se a jurisdição constitucional a um sucedâneo político do monarca, à necessidade psíquica da comunidade de recuperar a unidade política, o superego, perdida após a queda do regime monárquico alemão. A transferência do superego, da realeza para o Tribunal Constitucional Alemão, uma instância axiológica de formação da moral social, se fundamentaria nas condições estruturais sociais e em mecanismos psíquicos, dos quais derivaria a necessidade da criação de uma instância representativa da consciência moral da sociedade.

Sucedee, todavia, que quando a Justiça ascende à posição de mais alta instância moral da sociedade, ela se furta a qualquer mecanismo de controle externo. Limitações indispensáveis à garantia da liberdade e da igualdade no âmbito das organizações políticas democráticas das sociedades pluralistas. A invocação de uma moralidade metanormativa de ordem racional como fundamento de restrição da representatividade parlamentar conduz à regressão da sociedade a valores pré-democráticos de integração social. A exigência do constitucionalismo valorativo de se fixar um fundamento ético para o direito e a utilização de argumentos morais na atividade jurisdicional, utilizados ainda que sem supedâneo legal, encobre um decisionismo judicial que corrói os pilares de sustentação da liberdade democrática. Isso ocorre pela extrema generalidade da ótica moral e pela indeterminação da relação entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas da sociedade, atrás das quais podem se esconder a vontade de domínio, a racionalidade autoritária e o arbítrio judicial em prejuízo à soberania popular, à igualdade e à liberdade.

Para o liberalismo político, portanto, a jurisdição constitucional configura fator de esvaziamento da soberania popular e dos valores democráticos, pois investe-se na função paternalista de superego da sociedade. Constitui dissimulação do domínio de uma racionalidade autoritária e arbitrária em detrimento dos valores democráticos que alega promover. Segundo a crítica do liberalismo político, o papel moralista e pragmático assumido pelos Tribunais Constitucionais infantiliza a sociedade, pois constitui instância solipsista e definitiva de fixação dos valores morais da pluralidade social. A "administração judicial da moral" reduz o espaço jurídico livre, restringe a liberdade individual resultante do princípio

da legalidade, da ausência de previsão legal impondo uma abstenção ou uma prestação<sup>147</sup>. Quando a jurisprudência trata seus próprios pontos de vista moral como regras jurídicas, o poder sancionatório do Estado se expande<sup>148</sup>. Enseja a execução da coerção estatal sobre comportamentos individuais a partir de juízos morais. Se as ações ou omissões moralmente reprováveis segundo o arbítrio judicial não encontram ajuste perfeito ao tipo legal proibitivo ou mandatário, a pretensão sancionatória, no contexto de abertura moral da jurisdição, se sustentaria em conceitos jurídicos indeterminados. Significaria, pois, segundo uma crítica positivista de matriz liberal, a institucionalização democrática do arbítrio.

Sucedo, todavia, conforme tenho defendido nesta dissertação, que a "eficácia do procedimento metódico de concretização da Constituição"<sup>149</sup>, a normatividade constitucional, exige efetiva subordinação dos poderes políticos à realização dos direitos fundamentais, indispensáveis à realização da liberdade e da igualdade de uma sociedade democrática<sup>150</sup>. A abordagem normativa da crítica, centrada na comparação entre o constitucionalismo contemporâneo e o constitucionalismo liberal à moda de *Westminster*, não responde adequadamente à questão da crise de representatividade das instâncias políticas, da massificação dos conflitos e a necessidade de integração da pluralidade de concepções de justiça presentes na sociedade. O que nos leva a concluir, em uma perspectiva constitucional positiva, pela legitimidade democrática da institucionalização da jurisdição constitucional. A Constituição institucionalizou a jurisdição constitucional concebendo-a, na relação entre os

---

<sup>147</sup> De acordo com o princípio da legalidade para o âmbito privado, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

<sup>148</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. 2000. Pag. 193. Acessível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICIÁRIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Pag. 201.

<sup>149</sup> Canotilho ensina que a normatividade não é qualidade da norma constitucional, mas efeito do procedimento metódico de concretização. CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit. Pag. 1.202. "*Normatividade não é uma qualidade da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização.*"

<sup>150</sup> Nesse sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 1 Edição, 2012. Pag. 145. "De facto, por mais controversa e sempre em aberto que esteja a questão dos limites funcionais da justiça constitucional, se tratamos da vinculação dos poderes constituídos relativamente a normas e princípios constitucionalmente consagrados, tratamos, consequentemente, de aplicar a Constituição enquanto norma jurídica; isso significa, em Estado de Direito, remeter o problema para os tribunais e, consequentemente, estando em causa assegurar a força jurídica da Constituição, atribuir a última palavra à jurisdição constitucional".

poderes, instância contramajoritária necessária à garantia da supremacia da razão pública sobre as razões particulares de maiorias ocasionais descomprometidas com os valores democráticos de respeito à liberdade, à igualdade e o respeito às diferenças<sup>151</sup>. A democracia representativa do liberalismo político, sozinha, não é capaz de realizar a democracia, a ela deve se agregar elementos de democracia participativa necessários à construção de um consenso popular sobre moralidade pública.

Ademais, qualquer uma das funções estatais pode abusar do poder que lhe fora constitucionalmente outorgado para dar cabo ao fim que lhe presidiu a instituição, isso pode acontecer tanto pelo desvio de finalidade, quanto pelo excesso no seu exercício, o que lhe impõe limites é o controle exercido pelos demais poderes, e pelos cidadãos. A legitimidade democrática do exercício de poder em relação a qualquer das três funções do Estado não se fundamenta somente no princípio majoritário, mas na existência de limites, que no pós-positivismo do constitucionalismo contemporâneo corresponde à arquitetura institucional desenhada pela Constituição. O equilíbrio da separação constitucional de poderes se assenta na previsão de freios e contrapesos de limitação e controle recíprocos entre as três funções do poder estatal. Não é conveniente, portanto, que nem o legislativo, nem o judiciário se transformem em instâncias ilimitadas de exercício do poder público. A ausência de limites fragiliza a normatividade constitucional, desencadeia um processo de nominalização das normas constitucionais e relega os valores democráticos ao discurso retórico. Conclui-se pois que a institucionalização da Justiça Constitucional constitui relevante fator de realização da democracia. Representa instância de democracia participativa no âmbito da qual se realiza a concretização dos valores constitucionais em procedimento metódico adequado à formação do consenso e da integração da pluralidade social em uma unidade política de ação.

---

<sup>151</sup> Assim também, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 1 Edição, 2012. Pag. 146-147. "Em geral, no contexto competitivo de democracia representativa mediada por partidos políticos com forte disciplina de funcionamento e marcada distinção ideológica, em sociedades cultural, social e politicamente heterogêneas, aquela expectativa otimista relativamente à boa vontade das assembleias representativas e à boa fé dos participantes na deliberação democrática é comprovadamente infundada; como diz Sager, ela é muito mais um objectivo ideal que uma realidade prática. Por isso, nos actuais Estado de Direito democráticos, enquanto que os Parlamentos prometem a igualdade eleitoral, são, na verdade, os tribunais constitucionais que prometem a igualdade deliberativa".

A questão que causa grande celeuma entre os críticos é a ausência de controle externo à jurisdição constitucional, a quem cabe a palavra definitiva e vinculante da interpretação constitucional. Sucede, entretanto, que essa ausência de controle é compensada por regras de processo jurisdicional muito mais rígidas que aquelas previstas para o processo legal. Eis que o juiz está vinculado ao dever de motivação racional de suas decisões segundo uma teoria jurídica de argumentação, metodicamente estruturada e limitada por postulados hermenêuticos constitucionais. Vincula-se ademais à força vinculante dos precedentes judiciais e ao contraditório, obrigando-se a levar em consideração as razões invocadas por todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo de interpretação constitucional.

O controle da jurisdição constitucional decorre, outrossim e especialmente, de normas constitucionais de processo que limitam a cognição do juízo constitucional e criam mecanismos internos de controle. A interpretação e a aplicação das normas constitucionais sujeitam-se ao duplo grau de jurisdição e à uniformização da jurisprudência por órgãos de superposição, inclusive mediante a edição de enunciados vinculantes de jurisprudência. Não bastasse, a própria composição do Tribunal Constitucional é determinada com a participação de todos os poderes de forma a evitar a partidarização da jurisdição constitucional. Além disso, nada impede a criação de novas limitações que sempre vem a calhar quando estabelecidas para aperfeiçoar o equilíbrio entre as instituições democráticas do Estado<sup>152</sup>. O que não se admite é que se deixe sem limites o exercício do poder, abrindo caminho para o abuso, o arbítrio e a tirania daqueles que, ao exercê-lo, não encontram limites que contenha a natural volúpia de pessoalmente dele se aproveitar. Essa volúpia, tomando de empréstimo a ideia de Montesquieu, é como o ar, expande-se ao infinito enquanto não se lhe impõe limites.

---

<sup>152</sup>NOVAIS, Jorge Reis. Ob. Cit. Pag. 177. "Tudo o que, não servindo para desvalorizar a democracia política representativa nem o direito a uma igual representação e participação política nos destinos da comunidade - enquanto verdadeiras exigências ditadas pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana e pela existência de um Estado de Direito - serve para tornar evidente a necessidade de busca de outros remédios institucionais para a hipótese, reiteradamente confirmada ao longo da história, de as maiorias políticas conjunturais e as leis por elas aprovadas não tratarem ou poderem não tratar todas as pessoas com igual consideração e respeito."

### 3.5.2. Crítica de Habermas

Habermas possui uma visão procedimentalista da justiça constitucional, segundo a qual ela é justificada como atividade exclusivamente orientada à proteção das minorias e à garantia das condições da democracia. Os juízes constitucionais, portanto, têm a função de garantir as "pré-condições procedimentais de comunicação e deliberação democráticas, de desobstrução dos canais da livre comunicação e de reforço da representação e da participação políticas"<sup>153</sup>. Embora defenda que as Cortes Constitucionais possam prolar decisões racionais e legitimamente declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do legislativo, critica a jurisprudência dos valores e minimiza o papel democrático das Cortes Constitucionais à garantia de condições igualitárias de participação no discurso processual de aplicação das normas<sup>154</sup>.

Para Habermas, o discurso de aplicação das normas jurídicas tem lugar em um processo decisório aberto à argumentação de todas as partes que se colocam na discussão com interesses contrapostos. O que define a qualidade da decisão final e lhe atribui legitimidade democrática, além da fundamentação não contraditória, é a qualidade da regulação dos procedimentos que permitem participação igualitária das partes mediante um fluxo de argumentos efetivamente levados em consideração na decisão judicial. A argumentação

---

<sup>153</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Ob. Cit. Pag. 144.

<sup>154</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Pag. 135-153. A propósito do procedimentalismo Habermasiano Lênio Streck ensina que: "Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma "nação de cultura", mas, sim, em uma "nação de cidadãos". Crítica a assim denominada "jurisprudência de valores" adotada pelas cortes europeias, especialmente a alemã. Uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. A concepção de comunidade ética de valores compartilhados, que justifica o modelo hermenêutico proposto pelos comunitários (ou substancialistas) parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas. É por isso que no Estado Democrático de Direito os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimental da Constituição. (...) O Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução".

desenvolvida em torno da aplicação das normas jurídicas é realizada no âmbito de um procedimento que, ao mesmo tempo que imuniza o discurso contra elementos de desigualdade, contextualiza a disputa de interesses aos fatos relevantes à resolução do caso. Sendo assim, insere-se face à jurisdição um freio à influência de interesses pessoais na solução da controvérsia, pois, segundo Habermas, os participantes de um discurso de aplicação devem trabalhar suas diferentes interpretações da mesma situação em uma descrição normativamente rica das circunstâncias que não se abstrai simplesmente das diferenças existentes na percepção<sup>155</sup>. Os discursos de aplicação das normas são, portanto, procedimentalmente limitados mediante a demarcação da matéria objeto da controvérsia pela atividade descritiva das partes. Restringe-se a cognição judicial e submete-se a decisão a uma lógica de imparcialidade. Nesse contexto, o judiciário age como uma terceira parte, imparcial, responsável pelo desenvolvimento dos processos argumentativos<sup>156</sup>.

Habermas, portanto, defende a legitimidade da jurisdição constitucional, desde que limitada à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, à proteção de um processo de criação democrática do Direito. O procedimentalismo de Habermas pretende assegurar, a um só tempo, a consistência da ordem jurídica e a manutenção das condições ideais para se fazer justiça no caso concreto. A jurisdição constitucional, portanto, se limitaria a garantir as regras do jogo democrático em um procedimento deliberativo de definição do consenso político, de sorte a não assumir um papel egocêntrico e paternalista de direção moral da coletividade.

O paradigma procedimentalista de jurisdição Habermasiano, de garantia da deliberação política democrática sem adentrar no plano valorativo, opõe-se às teses substancialistas de Rawls e Dworkin. O paradigma substancialista da doutrina norte americana atribui à jurisdição constitucional a responsabilidade pela garantia de uma ordem suprapositiva de valores substanciais como meio de superação da recondução redutora da

---

<sup>155</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Massachusetts: The MIT press, 1996. Pag. 228. “Participants in an application discourse must work their different interpretations of the same situation into a normatively rich description of the circumstances that does not simply abstract from the existing differences in perception”.

<sup>156</sup> HABERMAS, Jüger. Ob. Cit. Pag. 236.

democracia à regra da maioria<sup>157</sup>. Habermas aduz que a associação de normas constitucionais a valores e a consequente jurisprudência de valores aumenta o risco de decisões irracionais, pois permite a utilização de critérios funcionalistas e interpretações teleológicas em detrimento de critérios legais. Para ele, as normas possuem natureza deontológica, cogente, sendo válidas devem ser aplicadas ao caso, enquanto os valores podem ser utilizados ou não de acordo com as preferências individuais.

Segundo a teoria do discurso de Habermas, a jurisdição constitucional permite a inserção do processo democrático no discurso judicial, cabendo ao Tribunal Constitucional o papel de garantir o respeito às regras do jogo da discussão pública, quando da elaboração de normas. A fonte de legitimação da formação da vontade democrática, portanto, não reside em fundamentos éticos abstratos, mas na obediência aos pressupostos comunicativos que criam condições para um bom processo de deliberação pública<sup>158</sup>.

### **3.5.3. Crítica de Waldron à Arbitragem Jurisdicional dos Desacordos Sociais Sobre o Conteúdo e o Alcance dos Direitos Fundamentais<sup>159</sup>**

Jeremy Waldron concentrou sua crítica à constitucionalização dos direitos fundamentais e à institucionalização da Justiça Constitucional. Questiona a concepção dos direitos fundamentais como trunfos da minoria contra a maioria e a entrega do poder de arbitrar os desacordos sobre o conteúdo e alcance dos direitos a uma elite judicial. A arbitragem jurisdicional do desacordo, segundo Waldron, seria feita da mesma forma que a arbitragem parlamentar em assembleia popular. Em ambas as instâncias a solução passaria pela regra da maioria. Entretanto, a arbitragem jurisdicional apresenta a desvantagem de

---

<sup>157</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Ob. Cit. Pag. 144.

<sup>158</sup> Também defendendo um paradigma procedimentalista para a jurisdição constitucional, John Hart Ely, para quem, o Tribunal Constitucional somente conserva sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher a interpretação com juízos de valores morais, discorda, pois, ao lado de Habermas, do paradigma substancialista de Dworkin da jurisdição fundada em princípios constitucionais de justiça e da jurisprudência de valores. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Cambridge/Mass, 1980. P. 133.

<sup>159</sup> Este capítulo foi desenvolvido com base nas lições do Prof. Jorge Reis Novais ministradas nas aulas de mestrado científico em Direito Constitucional, em 2016, na Universidade de Lisboa, além das lições presentes no seu livro, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, páginas 149-181.

desrespeitar o princípio democrático, a solução através de uma aristocracia judicial representaria violação do direito de todos de participar das decisões políticas em igualdade de condições.

Ele identifica na sociedade um desacordo profundo e persistente sobre o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais. Razão pela qual a questão essencial a ser dirimida pelo constitucionalismo é a de saber quem deveria ter competência para arbitrar esse desacordo, fixando o conteúdo essencial desses direitos. Entende que atribuir o poder de arbitrar o desacordo à *judicial review* seria equivocado, pois, ao assim fazer, estaríamos substituindo um procedimento democrático de decisão, baseado no princípio majoritário, por um procedimento antidemocrático, aristocrático, de decisão por uma elite judicial. Substituição que, segundo ele, não estabeleceria garantias de melhores resultados quanto à justiça da decisão, ao tempo em que se esvaziaria a garantia democrática do direito de todos a uma igual participação na tomada das decisões políticas. Com efeito, o custo democrático resultante da institucionalização da justiça constitucional e a restrição do direito de todos à igual participação na formação da vontade política não seria proporcional ao benefício pretendido. Não há, segundo Waldron, vantagens em se entregar a arbitragem a uma Corte de Justiça constitucional, uma vez que ela também estaria sujeita às mesmas vicissitudes presentes na deliberação parlamentar.

Sucedo, contudo, que Waldron ignorou a verdadeira natureza da arbitragem judicial do desacordo e minimizou as vantagens democráticas que advém da instituição de uma Justiça Constitucional. Na verdade, a jurisdição constitucional ao arbitrar os conflitos sobre o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais, não desempenha a função política de concebê-los e positivá-los, assim como o fez o constituinte, mas desempenha função jurídica de delinear, dentro de critérios objetivos e dogmáticos da teoria dos direitos fundamentais, os contornos dentro dos quais o legislativo poderá se mover sem desconsiderar o igual respeito e consideração que merecem todas as pessoas. A percepção da natureza jurídico-constitucional da arbitragem afasta a comparação entre a atividade política parlamentar e atividade jurídica jurisdicional. O juiz constitucional não cria o direito e as suas bases morais, segundo subjetivismos solipsistas e teleológicos. Ao contrário, desempenha uma atividade jurídica em procedimento metódico de concretização das normas constitucionais representativas de um consenso entre uma pluralidade social. A jurisdição constitucional cinge-se a uma atividade

jurídica consistente em verificar se as restrições legislativas opostas a esse consenso se contiveram aos limites do poder legislativo de conformação.

A natureza principiológica dos direitos fundamentais, essencialmente vinculados à noção de dignidade da pessoa humana, constitui uma limitação mais ou menos definida ao poder legislativo de conformação. No contexto de normatividade dos princípios constitucionais, o poder judicial faz uma análise jurídica, à luz do caso concreto, sobre a razoabilidade e a proporcionalidade de eventuais restrições legislativas ao direito fundamental. Conclui-se, pois, que a jurisdição constitucional não estabelece o conteúdo e o alcance dos direitos, nem determina a melhor solução do ponto de vista político, tarefa do legislador, mas tão somente verifica se a conformação legislativa do direito fundamental é constitucionalmente adequada.

A jurisdição constitucional, portanto, não realiza o arbitramento político dos desacordos morais, mas uma análise jurídica da questão constitucional concretamente deduzida, identificando eventual contradição entre a decisão cotidiana da maioria política e os limites jurídicos abstratos constitucionalmente impostos pela decisão rara do constituinte. Consideramos, pois, refutada a premissa em que Waldron se sustentou para afirmar que a *judicial review* concorre com a legislação na definição do conteúdo dos direitos fundamentais. A justiça constitucional faz um exame jurídico da questão constitucional concretamente deduzida, para aferir, à luz dos valores jurídicos constitucionais e de critérios objetivos de racionalidade, a constitucionalidade da solução legislativa. Enquanto o legislador subordina-se apenas aos limites abstratos dos princípios constitucionais, o poder judicial vincula-se aos limites da questão constitucional concretamente deduzida, da *res in judicium deducta*, e aos postulados hermenêuticos cientificamente concebidos para uma interpretação democrática da Constituição.

Desde o momento em que o constituinte desenhou a organização política institucional da relação entre os poderes, fixando a competência contramajoritária da jurisdição constitucional, as críticas normativas à judicialização da política perdem força. Sobretudo, quando se fundamentam em uma construção idealista, sem sustentação real na experiência política cotidiana, de uma comunidade de cidadãos com igual capacidade e que desapaixonada e racionalmente constrói, no órgão da vontade geral, a arbitragem imparcial do desacordo. Com efeito, a perspectiva positiva,

que analisa a jurisdição constitucional como concebida na Constituição, não ignora a realidade como ela se apresenta, uma sociedade de massas, com heterogeneidade de interesses, pluralidade de concepções de mundo, de convicções religiosas, ideológicas e pessoais em confronto. Levando-se em consideração não uma visão idílica da democracia, em que todos efetivamente participam da formação da vontade política, em um ambiente parlamentar regido pela boa fé dos participantes, mas, ao contrário, uma visão realista, em que a representação parlamentar não corresponde necessariamente à vontade de todos e frequentemente não confere igual consideração e respeito aos diferentes grupos, avulta a importância da Justiça Constitucional como órgão responsável pela garantia democrática de efetividade dos princípios e das finalidades constitucionais, dos quais os poderes constituídos são ancilares e meros instrumentos de normatividade constitucional.

#### 4. FONTES DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A institucionalização da jurisdição constitucional no constitucionalismo contemporâneo tem por finalidade a efetivação na realidade dos valores democráticos do Estado Constitucional. Pretende criar reais condições de liberdade e de igualdade indispensáveis à promoção da democracia a sociedade pluralista. Nesse sentido, a Constituição estabelece instrumentos de limitação do exercício do poder político e de efetividade da realização dos direitos fundamentais. A judicialização da política, no âmbito da separação de poderes<sup>160</sup>, inaugura um novo equilíbrio na relação entre as funções do Estado mediante a previsão de temperamentos judiciais opostos ao exercício dos poderes legislativo<sup>161</sup> e executivo. A justiça constitucional consubstancia, pois, uma "inibição virtuosa que é sempre produzida no comportamento dos agentes políticos pela simples pendência de uma *espada de Dâmocles* do efeito publicamente qualificador que sempre resulta de uma intervenção da jurisdição constitucional que censure um ato e o seu responsável como

---

<sup>160</sup> Segundo o Prof. Reis Novais, a divisão de poderes no Estado de Direito contemporâneo "é essencialmente entendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder e garantir, por outro lado, as condições de maior eficiência da actuação estatal, sem prejuízo, todavia, do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais". "Assiste-se a uma reavaliação das relações entre política e jurisdição, com a consequente atribuição ao poder judicial do controlo da verificação da conformidade constitucional dos actos legislativos e de alguns actos políticos. Até então, se a Administração violava a lei e se isso se traduzia na lesão de direitos e interesses dos particulares era possível o recurso à justiça administrativa como forma de controlar a legalidade da actuação da Administração e chegar à eventual anulação dos actos administrativos ilegais. Porém, a função legislativa estava isenta de qualquer controlo, na medida em que se considerava que, por definição, lei era equivalente, a garantia de direitos". NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Pag. 34-35.

<sup>161</sup> A propósito: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Pag. 96. "As primeiras constituições respondem ao esquema do princípio monárquico, através do qual, frente ao poder absoluto deste, o parlamento aparece como um limite à garantia da propriedade e da liberdade dos cidadãos; é compreensível, assim, que esse parlamento, que representa o povo e lhe representa para controlar e limitar o poder do monarca absoluto, não tenha, em princípio, nenhum tipo de limitação. Afinal, não é ele órgão do Estado que deva submeter-se a nenhum mandato superior porque aparece primeiramente como representação do povo que tem por missão defender a liberdade e a propriedade frente ao monarca. Esse esquema constitucional que tão bem se resume na velha fórmula que reconhece a soberania no 'Parlamento com o Rei', vai deixando de ser a expressão da realidade política na medida em que se vai consolidando o constitucionalismo. Ou seja, na consciência política e constitucional, vai aparecendo cada vez com maior nitidez o problema do controle da atividade do legislador como o fato mais importante do Direito público no século XX, dando o abuso de poder do Legislativo espaço à nova concepção de Constituição entendida como norma imperante no mundo ocidental".

incorrendo em violação da Constituição"<sup>162</sup>. O constitucionalismo contemporâneo, portanto, atento às disfuncionalidades da democracia representativa do Estado legislativo, acrescentou ao princípio majoritário novos institutos democráticos: a normatividade da Constituição e a institucionalização da justiça constitucional. Este movimento cria elementos de democracia participativa em um contexto de crise da representatividade parlamentar. Estabelece, pois, vias jurisdicionais de interferência no poder político, abertas à provocação e participação de todos aqueles que foram marginalizados em razão de suas diferenças ou em razão de circunstancialmente figurarem nas minorias ignoradas.

Em sociedades massificadas e heterogêneas, a justiça constitucional revela-se indispensável para a integração das diferenças<sup>163</sup>. A Constituição, com efeito, desempenha uma importante função, a de definir os objetivos e a pauta axiológica em torno da qual a Nação deve se unir, não obstante as diferenças, para construir uma sociedade harmônica em que todos encontrem igual respeito e consideração recíproca, além de condições ideais de existência digna. A jurisdição constitucional, neste contexto, é instrumento de garantia da Constituição, pois realiza a arbitragem dos conflitos presidindo uma negociação constante entre os diversos grupos em conflito com base em critérios pré-definidos em normas procedimentais e materiais da Constituição. É fator, portanto, de prevenção contra momentos de ruptura constitucional e convulsão social próprios de sociedades plurais. As diferenças tendem a criar situações de efervescência social, cuja solução pacífica somente é possível mediante o diálogo, o respeito às normas constitucionais e decisões imparciais, independentes da influência do poder político.

A institucionalização da justiça constitucional, embora estabeleça um custo democrático, a "dificuldade contramajoritária", não é um custo tão caro como aquele que

---

<sup>162</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Pag. 179.

<sup>163</sup> BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. 2 Edição, 10 vols. Paris: LGDJ, 1966 a 1977. T. VII, Pag. 563 e 564. "Politicamente a realidade do pluralismo de fato conduz a um regime onde a dispersão do Poder numa multiplicidade de grupos é tal que o sistema político não pode funcionar senão por uma negociação constante entre os líderes desses grupos. Nesse regime o Poder não é uma potência unitária; ele é o resultado de um equilíbrio incessantemente renovado entre uma pluralidade de forças que são, a um tempo, rivais e cúmplices. Rivais porque cada uma visa fazer prevalecer seus interesses e suas aspirações; cúmplices porque as relações que elas mantêm entre si não vão jamais à ruptura que causaria a paralisia do sistema". Tradução livre.

decorreu da substituição da democracia direta pela democracia representativa<sup>164</sup>. Com efeito, seríamos tão mais livres e, portanto, democráticos, quanto mais diretamente deliberássemos e aprovássemos as necessárias restrições que nos são impostas para a convivência harmônica em sociedade. Diante da impossibilidade da democracia direta, concebeu-se, por ficção, a democracia representativa a partir de partidos políticos representativos dos diversos interesses e diferenças. Uma democracia representativa assentada na supremacia do Parlamento, em tese, seria mais democrática que aquela assentada sobre a normatividade da Constituição e a institucionalização da Justiça Constitucional. Entretanto, somente se imaginássemos uma realidade isenta de vicissitudes humanas. Na verdade, os riscos do abuso do poder político e do princípio majoritário sobre os direitos das minorias justifica a institucionalização da jurisdição constitucional. A subordinação do poder judicial a limites jurídicos-constitucionais, cientificamente criados pela dogmática dos direitos fundamentais e da hermenêutica constitucional, não só, não criará maiores custos democráticos, como também incrementará valores à democracia. Pois, constrange o Parlamento a respeitar as minorias e institui elementos de democracia participativa. A concretização jurisdicional da Constituição se realiza em procedimentos metódicos abertos à participação popular, de sorte a fortalecer a integração social e dar maiores garantias de efetividade aos direitos fundamentais, essenciais à construção de uma sociedade efetivamente democrática.

#### **4.1. PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO**

O princípio democrático é norma constitucional que impõe um regime de governo baseado na "soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa"<sup>165</sup>. Trata-se de definição presente na Constituição da República Portuguesa, no art. 2, que reúne os elementos essenciais de qualificação de um regime democrático de governo no âmbito do

---

<sup>164</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Pag. 178.

<sup>165</sup> Constituição da República Portuguesa, art. 2.

constitucionalismo contemporâneo. A propósito dos elementos do princípio democrático elencados na Constituição da República Portuguesa, interessa a definição dos objetivos da democracia segundo Georges Burdeau: "politicamente, o objetivo da democracia é a liberação do indivíduo das coações autoritárias, a sua participação no estabelecimento da regra, que, em todos os domínios, estará obrigado a observar. Econômica e socialmente, o benefício da democracia se traduz na existência, no seio da coletividade, de condições de vida que assegurem a cada um a segurança e a comodidade adquirida para a sua felicidade"<sup>166</sup>.

No constitucionalismo alemão, por sua vez, o Tribunal Constitucional Federal Alemão - *Bundesverfassungsgericht* - concebe a democracia sob uma perspectiva jurídico-constitucional, segundo um ponto de partida normativo. Considera, pois, como pressupostos de uma noção adequada de democracia, tanto os princípios constitucionais, que lhe dão forma concreta e colorido axiológico, quanto elementos da realidade, as condições históricas e os problemas concretos do seu objeto. Na determinação do conceito de "ordem fundamental liberal democrática", o Tribunal Constitucional acrescenta componentes essenciais da ordem estatal-jurídica aos elementos da ordem democrática. Nesse sentido, entende como ordem democrática aquela que: "sob a exclusão de qualquer tirania e despotismo, representa uma ordem de domínio estatal-jurídica sobre as bases da autodeterminação do povo segundo a vontade da respectiva maioria, da liberdade e igualdade. Nos princípios fundamentais dessa ordem devem ser incluídos, pelo menos: o respeito diante dos direitos do homem concretizados na Lei Fundamental, sobretudo, diante do direito da personalidade à vida e ao livre desenvolvimento, a soberania popular, a divisão de poderes, a responsabilidade do governo, a submissão da administração à lei, a independência dos Tribunais, o princípio do pluripartidarismo e a igualdade de oportunidades para todos os partidos políticos com o direito à formação e exercício constitucional de uma oposição"<sup>167</sup>

O regime democrático de governo, pois, no âmbito do constitucionalismo europeu contemporâneo, é marcado pela subordinação do princípio majoritário a uma ordem estatal

---

<sup>166</sup> BURDEAU, Georges. *A democracia*. Publicações Europa-América. Terceira edição, 1975. Pag. 44.

<sup>167</sup> BVerfGE. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998: Sergio Antonio Fabris Editor. 20 Edição. Pag. 115 a 116.

jurídica fundada no respeito ao direito dos homens. A garantia dos direitos fundamentais, nesse sentido, representa não só objetivo de um governo para o povo, mas verdadeira condição de Governo pelo povo, pois esses direitos constituem pressupostos de autodeterminação do indivíduo, sem o qual não exerce livremente os seus direitos políticos. Nesse sentido, os poderes públicos estão cingidos às finalidades constitucionais de conformação da realidade a um contexto social e econômico que ofereça condições necessárias à realização e promoção da autonomia individual. A vontade popular, democraticamente expressada no Parlamento, não constitui, no constitucionalismo contemporâneo, fonte exclusiva e incondicionada do direito, pois o movimento constitucionalista erige a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana em limites originários do poder político e valores indisponíveis da ordem comunitária<sup>168</sup>. Conclui-se, pois, que estado de direito e democracia constituem duas faces de uma mesma moeda, estão em uma relação de dependência recíproca, de correlação, de modo que uma "ordem fundamental liberal democrática" não poderia existir sem estatalidade jurídica<sup>169</sup>, e, portanto, sem a instituição de uma Justiça Constitucional.

A democracia não se vincula, pois, somente ao princípio majoritário e à legalidade formal. No constitucionalismo contemporâneo ela se fundamenta também em princípios constitucionais de justiça impregnados de valores de ordem ética voltados à promoção da dignidade do homem. A legitimidade da jurisdição constitucional, portanto, não se assenta mais somente na fidelidade da exegese judicial à vontade legislativa e ao caráter cognitivo e declaratório da interpretação. Ao contrário, a partir do reconhecimento da falibilidade dos poderes constituídos, assenta-se na sua função de garantia do exercício democrático do poder político e na institucionalização de instrumentos jurisdicionais de democracia participativa.

#### **4.1.1. Crise da Representatividade Parlamentar**

O enriquecimento da democracia a partir da inserção de elementos antropocêntricos de ordem ética, atinentes à dignidade da pessoa humana, o balanceamento da separação de

---

<sup>168</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Pag. 38.

<sup>169</sup> HESSE, Konrad. *Ob. Cit.* Pag. 117.

poderes com a institucionalização da justiça constitucional e a consequente reavaliação das relações entre política e jurisdição, decorreu da fragilidade da ficção representativa de imputação da decisão parlamentar à vontade de todos. Não é desarrazoado concluir que a decisão parlamentar não corresponde, necessariamente, à vontade de todos<sup>170</sup>.

Segundo o Prof. Reis Novais, há muitas e relevantes razões para se questionar a qualificação do princípio majoritário como critério único de determinação da vontade política da Nação: a) "grande parte dos cidadãos nem sequer participa da eleição"; b) "os sistemas e a engenharia eleitorais distorcem sempre, e às vezes seriamente, o sentido do voto popular"; c) "o sentido político do resultado de uma votação é também, ele próprio, uma ficção, na medida em que pretende extrair uma orientação normativa a partir da contagem de milhões de boletins assinalados na solidão de uma cabine de voto com uma cruz à frente de uma candidatura"; d) "mesmo havendo um sentido político que possa ser extraído de um resultado eleitoral, não seria possível daí deduzir consequências objetivas sobre as decisões particulares que, nos anos seguintes, as assembleias parlamentares tomarão sobre o conteúdo dos direitos e que, muitas vezes, se situam nos antípodas do programa com que uma candidatura se apresentou às eleições"; e) "a representação afasta necessariamente o eleitor do eleito"; f) "as decisões parlamentares são inúmeras vezes o mero resultado de conflitos de interesses e lutas políticas correspondentes, de pressões circunstanciais de grupos organizados com influência eleitoral, de intenções eleitoralistas, de acordos pontuais e aleatórios; e sobretudo g) "a experiência das sociedades democráticas mostra como grupos sociais de peso significativo ou minorias políticas, religiosas, sexuais, foram não apenas discriminadas de forma sistemática ao longo de anos, como permanecem, em grande medida, senão juridicamente privadas, pelo menos, na prática, deficitariamente representadas ou excluídas mesmo de qualquer representação significativa nas instituições parlamentares e, desta forma, incapazes de exercer qualquer influência real em decisões que terão de ser necessariamente tomadas também em seu nome".

---

<sup>170</sup> Nesse sentido Konrad Hesse afirma que: "A compreensão da democracia como autogoverno do povo corresponde, sem dúvida, a uma determinação, difundida no continente europeu durante muito tempo, de sua natureza. Mas a tentativa de transformar em realidade identidade de governantes com governados sem mediação não pode dar certo; ela leva em si o perigo de converter-se em domínio total. (...) Assim, identificações de tal índole são, sem dúvida, adequadas para encobrir ou fingir a realidade do domínio; mas elas não possibilitam compreensão realista da democracia". HESSE, Konrad. Ob. Cit. Pag. 118-119.

Também José Tudela Aranda, professor de direito constitucional da Universidade de Zaragoza, menciona a crise da democracia representativa em "*La Democracia Contemporánea*"<sup>171</sup>, apontando causas ordinárias, atinentes ao mal funcionamento dos sujeitos políticos, e causas extraordinárias, atinentes à inadequação entre o modelo institucional estabelecido e a transformação social verificada nos últimos anos. Os defeitos da democracia representativa, especialmente, o mal comportamento dos atores, a corrupção, o fisiologismo e a apropriação oligárquica do poder público, geram na coletividade uma sensação generalizada de ineficiência. Reforçada pela percepção de que constituem, dentre outros vetores, causa da bancarrota da economia em países europeus da península ibérica, continental e países da América Latina. A crise econômica, iniciada em 2008, que atingiu a Espanha, Grécia, Portugal, e, mais tarde na América Latina, as economias do Brasil e da Argentina, alimentou nos cidadãos a sensação de ineficiência da democracia representativa para a criação de condições econômicas, sociais e políticas adequadas ao desenvolvimento da nação, sobretudo, quando não encontra respostas efetivas para reverter o quadro de consequências negativas aos vários setores da dinâmica social. Ainda quanto as causas ordinárias, o caos social, em todas as suas dimensões, revela um Parlamento ensimesmado<sup>172</sup>, alijado das necessidades dos cidadãos, comprometida mais com interesses partidários oligárquicos do que com as inquietudes da pluralidade social, a grande maioria que sofre os efeitos maléficos de uma representação defeituosa. Por sua vez, no campo das transformações sociais, a irrupção de uma nova geração e o pluralismo contribuem, sobremaneira, à erosão dos fundamentos liberais de uma democracia puramente representativa. A irrupção política de uma nova geração com escassas referências à cultura política tradicional, ainda hoje dominante no funcionamento do Parlamento, diminui o coeficiente de representatividade

---

<sup>171</sup> TUDELA ARANDA, José. (2017). *La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades*. Revista Española de Derecho Constitucional, 111, 125-152. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.05>.

<sup>172</sup> TUDELA ARANDA, José. Ob. Cit. Pag. 129. "Las instituciones no tienen vida propia. El Parlamento no tiene una voz autónoma con capacidad para decidir su presente y su mañana. Las instituciones son, en primer y fundamental lugar, lo que sus actores son capaces de hacer con ellas. Sus virtudes y sus defectos son las virtudes e defectos de los sujetos que las personifican. Incluso por encima del correspondiente diseño institucional. El Parlamento, como institución central de la democracia representativa, se ve lastrado por dos defectos con gran capacidad de erosión en el largo plazo. Por un lado, la ineficacia. Por otro, el ensimismamiento. El Parlamento no ha sido capaz de transformar su funcionamiento y sus funciones de forma que pueda transmitir sensación de eficacia y necesidad a los ciudadanos".

parlamentar. Com efeito, os novos grupos qualificados por peculiares diferenças são restringidos em sua autonomia e liberdade pela imposição de valores conservadores. Imposição que sujeita essa nova geração, inconscientemente, a uma influência silenciosa na personalidade, que, muitas vezes, desencadeia um quadro de problemas psicológicos incuráveis. Essa nova geração de jovens e não tão jovens, educados em um contexto social, relacional e tecnológico radicalmente distinto de seus antecessores, tem uma forma muito distinta de entender e viver a política. Além disso, suas aspirações nem sequer são pautadas na agenda política, e, quando figuram em programas de partidos, o são apenas com finalidade eleitoral que não se confirmam em programas de governo quando ascendem ao poder.

Nesse sentido, diante da possibilidade, no âmbito de uma democracia meramente representativa de Estado liberal positivista, da cooptação do poder político pelos fatores reais de poder, e, portanto, do desencadeamento de um processo de nominalização da constituição nos termos da concepção sociológica de Lassale<sup>173</sup>, a instituição de uma Jurisdição Constitucional vem a calhar aos objetivos democráticos de normatividade constitucional e realização da igualdade material. Com efeito, uma sociedade verdadeiramente democrática, segundo Burdeau, é "aquela em que se excluem as desigualdades devidas aos azares da vida econômica, em que a fortuna não é uma fonte de poder, em que os trabalhadores estejam ao abrigo da opressão que poderia facilitar sua necessidade de buscar um emprego, em que cada um, enfim, possa fazer valer um direito de obter da sociedade uma proteção contra os riscos da vida. A democracia, portanto, tende estabelecer entre os indivíduos uma igualdade de fato que sua liberdade teórica é impotente para assegurar"<sup>174</sup>.

Em face do fato, reiteradamente confirmado ao longo da história a partir de elementos da realidade empírica, de que as maiorias políticas circunstancialmente formadas nem sempre tratam as diferenças com igual respeito e consideração, a instituição de freios à atividade legislativa a partir de princípios constitucionais com força normativa e da institucionalização da justiça constitucional, além de não desvalorizar a democracia, a promove, "enquanto

---

<sup>173</sup> LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira - Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Ed. Líder, 2002. Pags. 42 e seguintes.

<sup>174</sup> BURDEAU, Georges. *A democracia*. Publicações Europa-América. Terceira edição, 1975. Pag. 44.

verdadeiras exigências ditadas pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana e pela existência de um Estado de Direito"<sup>175</sup>. A democracia, pois, não se perfectibiliza apenas com o princípio majoritário e o sistema representativo. O poder do povo na democracia representativa não se traduz em efetiva decisão do povo e não se converte em soluções a ele destinadas. Às instituições de democracia representativa, o Parlamento, onde a representação ganha corpo, e os Partidos políticos, que funcionam como intermediários entre a pluralidade social e a conversão de seus interesses em decisão política, devem ser acrescentados elementos de democracia direta. Elementos estes que estabeleçam vias procedimentais adequadas à conversão da pluralidade abstrata de interesses sociais, integrantes da pauta axiológica da Constituição, em um programa de governo que efetivamente os concretizem. Nesse sentido, a instituição da justiça constitucional vem ao encontro das aspirações de democracia direta, sobretudo em modelos mistos de controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, pois permite o controle da representação parlamentar tanto em incidente processual de um processo concreto, quanto *principaliter tantum* em processos abstratos. No Brasil, a ampliação da legitimação ativa para o ajuizamento de ações diretas de constitucionalidade, inclusive associações confederativas de âmbito nacional, segue a tendência de ampliação de formas diretas de participação popular na democracia e, portanto, na conversão do poder do povo em efetiva decisão pelo povo<sup>176</sup>.

Pode-se afirmar, pois, que o "princípio democrático é princípio diretivo da ordem do processo político, no qual poder estatal é criado e no qual poder estatal torna-se eficaz". Esse poder, conforme as constituições alemã, portuguesa e brasileira, emana do povo. No constitucionalismo contemporâneo o domínio do povo não se traduz em democracia de identidade, identificação entre governantes e governados em uma relação de representatividade. Mais do que isso, a democracia além de limitação do poder estatal constitui racionalização do processo político. Ela cria racionalidade mediante a publicidade de procedimentos de formação da vontade política, retirando a formação dessa vontade dos

---

<sup>175</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Pag. 177.

<sup>176</sup> Nesse sentido, José Tudela Aranda, artigo citado: "Democracia como poder del pueblo traducido en un pueblo que decide. De forma consciente o inconsciente, la búsqueda del reforzamiento del pueblo como sujeto decisor ha conducido a una paulatina erosión de las exigencias que acompañan al desenvolvimiento del principio democrático". Pag. 144.

pactos entre detentores do poder ocasional, vulneráveis às paixões políticas em contexto de conturbações sociais. O poder político é limitado, somente confiado a prazo. Ainda o povo, de onde emana todo poder estatal, está vinculado à Constituição, como ordem de valores universal. A participação de forças políticas diferentes no processo político contribui para a observância destes limites. A justiça constitucional conduz a um controle e a uma limitação recíproca adequada para impedir o abuso do poder<sup>177</sup>.

## 4.2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A democracia é o regime de governo que institui uma garantia geral de realização dos direitos fundamentais no plano fático, e não somente no plano formal da norma. A liberdade e a igualdade são valores democráticos no sentido de que a democracia é o instrumento de sua realização no plano fático, através da garantia dos seus pressupostos indispensáveis, os direitos fundamentais. Não há, pois, democracia e, portanto, governo democrático se as decisões tomadas no exercício do poder político não se apoiem e colimem a liberdade dos cidadãos para decidir sobre as questões do seu interesse e do interesse da comunidade. Nesse sentido o magistério de Hesse, a garantia de liberdade dos indivíduos que os direitos fundamentais pretendem assegurar, somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Esta pressupõe a aptidão dos cidadãos de, em situação de igualdade, deliberar sobre as questões fundamentais da organização social, sem a qual abre-se oportunidade à manipulação do processo político e, portanto, ao arbítrio. Ela - a aptidão dos indivíduos para deliberar livremente - abrange atributos individuais indispensáveis à participação consciente na formação da vontade estatal, cuja condição de possibilidade é a efetiva realização dos direitos fundamentais. Estes, pois, asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também instituem os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática<sup>178</sup>.

Os direitos fundamentais, em uma ordem democrática, portanto, são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Outorgam aos

---

<sup>177</sup> HESSE, Konrad. Ob. Cit. Pag. 123.

<sup>178</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. Pag. 3.

titulares a possibilidade de exigir dos poderes públicos os seus interesses, além de constituir elementos estruturais e essenciais do ordenamento jurídico de um estado de Direito democrático<sup>179</sup>. Constituem, pois, elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, princípios constitucionais estruturantes que não podem ser extintos sem representar a própria ruptura da ordem constitucional.

Na concepção tradicional de matriz liberal burguesa os direitos fundamentais consagram direitos de defesa destinados a proteger posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público. Nessa perspectiva, estabelecem uma competência negativa do Poder Público - *negative kompetenzbestimmung*, um dever estatal de respeitar a esfera de liberdade constitucionalmente assegurada. Essa dimensão dos direitos fundamentais garante limitação do exercício do poder público que fica, em consequência, impedido de promover ingerências indevidas na liberdade das pessoas. Entretanto, não garante a plenitude da liberdade, pois não impede a restrição da liberdade por vicissitudes da realidade derivadas da desigualdade material e da escassez de recursos. Não impede a articulação do poder econômico, político, religioso para a submissão da vontade de desvalidos à vontade dos poderosos. Nem cria condições materiais mínimas necessárias ao exercício da liberdade. A efetiva realização da liberdade e da igualdade material no plano fático exige, além da posição de respeito e abstenção, uma postura ativa do Estado, no sentido de que ele está obrigado a colocar à disposição das pessoas prestações positivas de natureza jurídica e material, criando condições de igualdade material e de libertação da miséria que impede a projeção da vontade abstrata na realidade concreta.

Os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica, a teoria dos quatro *status* de Jellinek sustenta que o indivíduo figura em 4 posições distintas em face do Estado: status passivo *subjectionis*; status ativo *activus*; status negativo *libertatis* e status positivo *civitatis*. O status passivo é a situação de subordinação na qual o indivíduo se coloca em face do Estado; dever de comportamento em conformidade aos paradigmas da ordem jurídica e ética, é a exigência de lealdade, probidade, compromisso com a ordem constitucional e, portanto, respeito ao direito das demais pessoas; trata-se da solidariedade que

---

<sup>179</sup> MENDES, Gilmar. Ob. Cit. Pag. 2.

deve permear as relações sociais, da contribuição de todos com o harmônico e sustentável desenvolvimento cultural, econômico e social da nação com vistas às futuras gerações. Nesse sentido, o indivíduo tem o dever de assumir uma "vontade de Constituição", que, segundo Hesse, é um dos elementos de promoção da integração e da normatividade constitucional<sup>180</sup>. O status negativo é a situação que confere ao indivíduo uma pretensão em face do Estado de impedir intervenções indevidas na sua esfera de liberdade, compelindo o poder público a não impedir a prática de determinado ato, ou de não intervir em situações subjetivas ou não eliminar posições jurídicas<sup>181</sup>. O status ativo atribui ao indivíduo capacidade política ativa e passiva, direito de votar e de se candidatar a cargos eletivos, é o direito de influenciar na formação da vontade do Estado. O status positivo, por sua vez, garante ao sujeito a pretensão de exigir dos Poderes Públicos prestações de índole positiva, que tanto pode consistir em prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*), quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)<sup>182</sup>.

Os direitos a prestações positivas subordinam o Estado à obrigação de criar as condições de efetiva fruição da liberdade e da igualdade, de criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício dos direitos constitucionalmente assegurados. A sujeição do estado às prestações materiais e normativas necessárias à realização dos direitos fundamentais opera um *fenômeno de transmutação*<sup>183</sup>, converte situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas, trata-se do fenômeno, exposto nesta dissertação, da judicialização da política, *juridicização* do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política.

A jurisdição constitucional, portanto, assume a competência de compelir os poderes executivo e legislativo a adimplirem as prestações necessárias, a que estão

---

<sup>180</sup> HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Tradução Carlos Almeida, Gilmar Medes e Inocêncio Coelho. São Paulo, 2009. Pag. 4

<sup>181</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 7 Edição, 2003. Pag. 408.

<sup>182</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Pag. 3.

<sup>183</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Pag. 7-8.

constitucionalmente obrigados, para a efetiva fruição pelos cidadãos das posições jurídicas fundamentais, como condição à igualdade material e ao exercício da liberdade. Tem, pois, legitimidade, no exercício do controle de constitucionalidade, para anular atos normativos que restringem desproporcionalmente os direitos fundamentais. Tem, outrossim, legitimidade para, no controle de inconstitucionalidade por omissão, impor ao legislador a criação da norma legislativa indispensável à fruição do direito. Sem embargo, contudo, da legitimidade para aplicar diretamente a Constituição, em processos concretos subjetivos, impondo prestações positivas e negativas ao Poder Público.

A jurisdição constitucional, embora tangencie o plano político na imposição de ações governamentais e legislativas para efetivação de direitos fundamentais, não perde sua natureza de atividade jurídica<sup>184</sup>. Os direitos fundamentais são dotados de grande plasticidade quanto ao seu âmbito de proteção, situam-se, pois, em posição de constante conflituosidade na relação que estabelecem entre si. Não obstante apresentem, em razão disto, permanente desacordo social, possuem um núcleo essencial que delimita a atividade de conformação do legislador. Esse âmbito essencial de proteção constitui parâmetro de controle jurisdicional e de limitação do poder de conformação legislativo. O exame de constitucionalidade levado a efeito pela justiça constitucional em conformidade com essas balizas, portanto, tem natureza jurídica.

O exercício dos direitos fundamentais podem dar ensejo a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos, motivo pelo qual é indispensável a definição do âmbito ou núcleo de proteção (*Schutzbereich*), fixando de forma mais ou menos precisa, de acordo com o caso concreto, as restrições ou limitações a esses direitos. O legislador possui o poder de conformação dos direitos fundamentais. A legislação ordinária estabelece, em abstrato, restrições e limitações necessárias à convivência harmônica entre eles. Realiza, pois, a definição do alcance e da amplitude do âmbito de proteção, delimitando os pressupostos fáticos, *tatbeständen*, e a proteção fundamental contemplados na norma constitucional. Esse

---

<sup>184</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Editora Coimbra, 2012. Pag. 153 a 159.

poder de conformação não é ilimitado, pois, segundo Pieroth e Schilink, uma regra que rompe com a tradição não se deixa mais enquadrar como conformação<sup>185</sup>.

Os direitos fundamentais não são absolutos, são relativos, pois precisam conviver sem implicar a afetação do âmbito de proteção dos demais. A necessidade de compatibilização entre os direitos fundamentais impõe o estabelecimento de restrições. Segundo Alexy, existem duas teorias para a definição do âmbito ou núcleo de proteção dos direitos, uma teoria interna e uma teoria externa. A teoria externa (*Aussentheorie*) defende que não existe uma relação necessária entre direito individual e restrição; essa relação só aparece quando uma colisão no caso concreto impõe temperamentos e acomodações para a convivência entre eles, sem gerar a aniquilação do núcleo essencial. A teoria interna sustenta que os direitos fundamentais possuem um limite interno, independente das peculiaridades do conflito concreto, possuem um conteúdo determinado. Portanto, eventual colisão entre direitos individuais não se resolve por meio de restrições casuísticas, mas através da identificação das limitações intrínsecas que definem o seu conteúdo essencial.

A prevalência de uma teoria sobre a outra, contudo, depende do entendimento que se adota acerca da natureza dos direitos fundamentais. Se constituem regras, posições definitivas, adota-se a teoria interna; se constituem princípios, posições *prima facie*, adota-se a teoria externa. Adotamos, nessa dissertação, a tese de que os direitos fundamentais têm natureza principiológica. Portanto, entendemos que constitui-se legítima, do ponto de vista democrático, a ponderação jurisdicional entre direitos fundamentais que se colocam, concretamente, em uma relação de colisão, estabelecendo restrições casuísticas no âmbito de proteção dos direitos em conflito para que, no caso concreto, possam conviver. Muito embora um deles prepondere em razão da sua maior densidade normativa revelada pelas peculiaridades do caso, o outro não será absolutamente afetado, pois preservado o seu núcleo essencial<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. Pag. 13.

<sup>186</sup> Segundo Alexy: "A grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem induzir uma rigidez excessiva. Nos seus termos, a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser respondida mediante ponderação. O postulado da ponderação corresponde

O postulado hermenêutico da proporcionalidade constitui critério jurídico que assenta a jurisdição constitucional em bases democráticas de legitimidade. Sobretudo quando tangencia o plano político, no exercício do controle de constitucionalidade da conformação legislativa dos direitos fundamentais ou, na imposição judicial de restrições na ocasião da aplicação direta dos direitos fundamentais em processos subjetivos<sup>187</sup>. No contexto de constitucionalismo axiológico, os direitos fundamentais possuem natureza principiológica, razão pela qual estão em um estado de virtual conflituosidade. A solução jurídica de eventuais conflitos impõe a observação da doutrina científica, a teoria dos direitos fundamentais, de sorte que a jurisdição constitucional desempenhe de forma legítima a relevante função que a Constituição lhe outorgou, a de constranger, fiscalizar os demais poderes e constituir vetor de transformação social para uma efetiva realização da democracia. A juridicização do processo decisório criou novo espaço de deliberação política, onde a participação da pluralidade de intérpretes da Constituição envolve uma argumentação dialética sobre a melhor solução jurídica. A consideração jurisdicional de elementos da realidade concreta transforma a Constituição em um processo público aberto de decisão, em permanente e contínua transformação<sup>188</sup>. Ela realiza, através da jurisdição constitucional, a função de integração da pluralidade social em uma unidade política comprometida com os valores constitucionais.

---

ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria dos princípios, que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria ideia de proporcionalidade. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção".

<sup>187</sup> Nesse sentido, Jorge Reis Novais em aulas ministradas no primeiro ciclo do mestrado científico de 2016 de direito constitucional e em seu livro, "direitos fundamentais e justiça constitucional", pag. 154: "(...) diferentemente do pretende Waldron, o problema nuclear da relação entre direitos fundamentais e democracia do ponto de vista jurídico-constitucional não é o da determinação do conteúdo dos direitos, mas essencialmente o de saber se um direito fundamental foi ilegítima ou legitimamente afectado pelo poder público, o que, em Estado de Direito, implica apurar, basicamente, se a afectação foi ou não excessiva, desrazoável, se violou a igualdade, a proporcionalidade, a segurança jurídica dos cidadãos ou até, em última análise, a dignidade da pessoa humana".

<sup>188</sup> HÄBERLE, Peter. *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Pag. 145. "O TCFA e seu Direito Processual conseguem uma relação única com a sociedade. Sua atividade - transformadora de Estado e sociedade - deriva-se num sentido geral de que é o Tribunal da Constituição - e a Lei Fundamental regula não só o Estado, mas também, em sua estrutura básica, a sociedade, a que transforma em

---

"sociedade constituída". De um modo específico, o TCFA atua, além disso, de maneira muito especial e consciente intensiva e ampla no âmbito da res publica, entre o Estado e o particular, ao que se pode chamar a sociedade ou o âmbito do público - pluralista. Assim se mostra não só na efetivação dos direitos fundamentais a partir da vertente processual, mas também, em sua prática processual, ao servir-se cada vez mais dos instrumentos de informação e participação do Direito Processual Constitucional. Adquire informações por uma diferenciada praxis de audiências e de formas niveladas de participação com relação aos grupos pluralistas, organizações como o DGB, as Confederações de empresários e as confissões religiosas, etc. Com isso penetra o Tribunal no âmbito da sociedade, assume ideias e interesses de âmbito, ouve-os e transforma-os por meio de sua interpretação constitucional aberta. Por essa via, tem que apoiar-se na doutrina científica. O Direito Processual Constitucional abre-se à sociedade aberta dos intérpretes constitucionais; transforma-se em seu médium, sobretudo ali onde o Parlamento achou."

## 5. LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional encontra nos valores democráticos da liberdade e da igualdade indispensável base de sustentação. O poder judiciário subordina-se, assim como todos os poderes constituídos, à normatividade constitucional. Mais que isso, através da jurisdição constitucional, desempenha a relevante missão de guarda da Constituição e de sua normatividade. Portanto, não pode, a pretexto de realizar a liberdade e a igualdade, impor do alto de sua cátedra, visões particularistas de ordem filosófica, religiosa, econômica, ou de outra qualquer em detrimento da liberdade da nação de escolher os valores jurídicos que servirão de diretrizes e limites às atuações do Poder Público. A liberdade pressupõe um espaço de decisão política e, portanto, um poder de conformação legislativa, embora limitado pela cultura constitucional. Assim, a jurisdição constitucional deve ser exercida com parcimônia e prudência suficientes a lhe manter neutra às convicções pessoais do juiz. Ele deve se revestir de "virtudes passivas" correspondentes a qualidades morais suficientes de auto-restrição no exercício da jurisdição constitucional. As virtudes passivas impelem o juiz a um exercício de autocontenção judicial, à abstenção de usar, ainda que inconscientemente, convicções pessoais como fundamento de suas decisões no âmbito da concretização de valores jurídicos abstratos.

A função do poder judiciário é garantir e defender a ordem jurídica, contudo, sem envolver-se, desnecessariamente, em conflitos de natureza política. Espera-se do juiz um exercício de autocontenção, reprimindo-se em sua tendência humana de deixar-se influenciar por elementos subjetivos de sua personalidade. Sem isso, a jurisdição constitucional significaria a própria negação da democracia, a negação da liberdade política pela imposição arbitrária de voluntarismos e pragmatismos judiciais, sua substituição pela aristocracia judicial. A liberdade popular e, portanto, a democracia restaria indevidamente restringida se, a pretexto de tutelar direitos fundamentais, o juiz utilizasse um princípio excessivamente aberto para servir de porta de entrada, *input*, às suas convicções pessoais, dando aparência de legitimidade ao que, na verdade, configura arbítrio. Este risco se potencializa, sobretudo, nas Constituições prolixas onde se proliferam normas que, embora tenham forma constitucional, são destituídas de materialidade constitucional, atribuindo ao juiz constitucional excessivo poder político sobre as mais variadas disciplinas da realidade social. A realização da democracia exige, pois, da Justiça Constitucional correição funcional, o respeito à distribuição

de funções estabelecida na Constituição. Nesse sentido, o poder de conformação do legislador deve ser diretamente proporcional à abertura semântica do princípio, quanto mais indeterminado o enunciado normativo constitucional, mais liberdade de conformação deve haver ao legislador. Somente merecendo decote jurisdicional naquilo em que ultrapassar o razoável, aferível, à luz do caso concreto, mediante o postulado da proporcionalidade - o juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das restrições impostas. Não há, pois, poder ilimitado. A regra que rompe com a razoabilidade não se deixa mais enquadrar como conformação.

A realização da democracia exige, portanto, uma "virtude passiva"<sup>189</sup>, o exercício de autorestrição, *self restraint*, pelo juiz que deve, no exercício da jurisdição constitucional, evitar a declaração de inconstitucionalidade com fundamento em princípios excessivamente abertos<sup>190</sup>, a respeito dos quais haja larga discricionariedade legislativa de conformação. O grau de legitimidade democrática da jurisdição constitucional será, com efeito, inversamente proporcional ao grau de indeterminação normativa do preceito constitucional usado como fundamento para a anulação da decisão majoritária. Será diretamente proporcional à observação e respeito do espaço de liberdade decisória reservada aos órgãos de deliberação política. Será, portanto, tão mais legítima quanto mais se possa verificar no juiz constitucional uma postura virtuosa consistente na negação do seu ego. A virtude passiva é mensurável, no plano argumentativo, mediante a ponderação entre os vícios do excesso e da falta - entre ativismo exagerado e o formalismo dogmático - extremos que indicam partidarismos do juiz,

---

<sup>189</sup> BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*. New Haven and London: Yale University Press, 1986. Pags. 113 e seguintes. Para Alexander Bickel o judiciário deveria buscar uma virtude passiva, que significa a negativa de se exercer amplamente a jurisdição que o arranjo constitucional norte-americano institucionalizara.

<sup>190</sup> Nesse sentido o legislador brasileiro, em abril de 2018, editou a Lei 13.655/18, modificando a LINDB para acrescentar normas sobre segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público. Segundo a comissão de juristas que participou do processo legislativo: "Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como interesse público, princípio da moralidade e outras. É preciso, com elementos trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias." <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. A partir e então, todas as vezes que o juiz decidir com base em valores jurídicos abstratos ele deverá fazer um exame prévio sobre as consequências práticas da decisão, sobretudo quanto as repercussões nas relações entre os poderes judiciário e legislativo.

um alinhamento com as forças políticas ou com subjetivismos que não encontram amparo na axiologia constitucional. Espera-se do juiz independência, imparcialidade, equilíbrio, prudência e ponderação, qualidades pessoais que devem se projetar nas decisões judiciais de tal modo que transpareça correição funcional e, portanto, legitimidade. A liberdade e a democracia pressupõe a harmonia no exercício dos poderes públicos e limitação recíproca de forma que os excessos possam ser contidos um pelos outros.

O intérprete, embora não seja neutro na valoração acerca de conceitos de justiça, possuindo posições pessoais de ordem filosófica, religiosa e partidárias, deve se abster de levá-las em consideração na aplicação e concretização do direito. A jurisdição revela a razão pública mediante uma concretização metodicamente adequada e estruturada dos princípios constitucionais de justiça, no âmbito de um processo público e aberto. O poder criativo do intérprete não significa permissão ao juiz para substituir a opinião dos parlamentares eleitos pela sua opinião pessoal, esse poder significa, antes e sobretudo, um dever funcional do intérprete juiz de examinar a qualidade jurídica do ato normativo em causa e eliminar restrições desproporcionais e desarrazoadas ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, que, à luz do caso concreto e em face do seu peso relativo, se mostrem inconstitucionais.

Diante do que se expôs até aqui, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional encontra limites de ordem subjetiva e de ordem objetiva. Aqueles se referem à correição funcional de suas decisões, exigindo-se dos juízes constitucionais um exercício de autocontenção para que se abstenham de satisfazer a tentação de levar em consideração elementos de ordem subjetiva, alheios à cultura jurídica do contexto social. Os limites objetivos, por sua vez, impõe a observação da normatividade constitucional e, com fundamento nela, a transformação da realidade mediante um processo público de interpretação aberto à pluralidade social, no âmbito do qual é possível a integração das diferenças em uma unidade política de ação<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3 Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. Segundo Gilmar Mendes, "enquanto órgão de composição de conflitos políticos, passa a Corte Constitucional a constituir-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático".

Em relação aos limites de ordem objetiva, além dos critérios hermenêuticos desenvolvidos no âmbito da ciência jurídica pela doutrina e jurisprudência, a Constituição prevê garantias de direito processual constitucional<sup>192</sup>. Ciências e direito constituem paradigmas complementares de exercício democrático do poder. O exercício do poder judicial somente se dá dentro de procedimentos legais previamente definidos, no âmbito dos quais a volúpia de dele abusar é contida pelas regras de competência, de adstrição, de motivação e controlabilidade das decisões. É conhecida a frase de Ihering, segundo a qual, "a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade".

A jurisdição, assim, subordina-se ao princípio da adstrição, a uma limitação da cognição judicial no plano horizontal à matéria definida por sujeitos processuais com adequada legitimação *ad causam*; e, no plano vertical, a uma análise jurídico-constitucional de validade da conformação legislativa do direito fundamental. Em processos objetivos de constitucionalidade, diante da relevância da matéria constitucional e da representatividade dos postulantes, é possível a participação de entidades civis da pluralidade social mediante a intervenção de *amicus curiae*, democratizando-se a interpretação constitucional a todos aqueles que vivenciam a realidade constitucional. No plano argumentativo, ademais, o juiz constitucional tem o dever de motivação racional das decisões, permitindo-se o controle intersubjetivo da decisão a partir da reconstrução, nas instâncias revisoras, do raciocínio lógico-argumentativo utilizado como fundamento. E, como corolário da segurança jurídica, da igualdade e da liberdade, os juízes e tribunais devem respeito aos precedentes judiciais, vinculando-se tanto à própria jurisprudência quanto à jurisprudência do tribunal constitucional. Nada impede, outrossim, que o poder legislativo, através da reforma constitucional, observada a liturgia mais rigorosa e as cláusulas imodificáveis, estabeleça um diálogo com o judiciário, modificando a decisão tomada no âmbito de processos abstratos de constitucionalidade de leis e atos normativos.

---

<sup>192</sup> HÄBERLE, Peter. *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. "A jurisdição constitucional não é, afinal de contas, nem seguro de vida jurídico nem político. Sua desenvolvida concepção política e pluralista está ligada a toda a cultura de nossa república. Isso lhe propicia funções positivas, mas conduz também **a limites (um limite da jurisdição se deriva também de que só atua em instância de parte, não de ofício; deve ser incitada pelos cidadãos ou forças políticas)**".

Os limites subjetivos e objetivos da jurisdição constitucional, portanto, demarcam uma esfera de exercício democraticamente legítimo da justiça constitucional, fora da qual revela-se abusivo, arbitrário e antidemocrático. Os limites subjetivos de ordem moral, interna à personalidade e à conduta dos juízes, impõe a adoção de um procedimento adequado de seleção e nomeação dos ministros de Tribunais Constitucionais, além da previsão normativa de prerrogativas funcionais para o exercício independente e imparcial da jurisdição constitucional. Os limites objetivos, por sua vez, impõe uma metódica cientificamente adequada à exegese democrática de enunciados normativos abertos, além de um direito processual constitucional com regras claras sobre competência, inércia, adstrição ao objeto, dever de motivação e vinculação aos precedentes judiciais.

## **5.1. LIMITES SUBJETIVOS - "VIRTUDES PASSIVAS"**

Os limites subjetivos à jurisdição constitucional são de ordem interna, pertencentes à psique do juiz, motivo pelo qual identificam-se com as qualidades morais que, agregadas à sua personalidade, se projetam nas decisões.

### **5.1.1. Self-Restraint - Prudência**

A "dificuldade contramajoritária", *the countermajoritarian difficulty* (Bickel), uma natural oposição ao *judicial review* em sociedades democráticas, associada à natureza de definitividade das decisões judiciais, impõe ao órgão jurisdicional o desenvolvimento de virtudes passivas, *passive virtues*<sup>193</sup>. São virtudes que orientam uma atuação prudente do juiz constitucional, de ordem a evitar, no exercício de poder contramajoritário, desnecessárias decisões com fundamento político de ordem pragmática e solipsista. Ensejam no juiz a disposição para negar os subjetivismos que decorrem de suas convicções filosóficas, religiosas, etc. Orientam, ademais, segundo Bickel, um comportamento prudente de ordem a evitar o pronunciamento sobre uma questão com fundamentos constitucionais, sobretudo quando existirem suficientes fundamentos infraconstitucionais a sustentar a decisão. Trata-se de evitar que os conflitos jurídicos se transformem em conflitos políticos constitucionais.

---

<sup>193</sup> BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch*. New Haven and London: Yale University Press, 1986. Pags. 113 e seguintes.

Com razão, se há uma lei infraconstitucional a disciplinar a matéria constitucional, não cabe ao juiz deixar de aplicá-la para, usando um enunciado constitucional juridicamente indeterminado, substituir-se a vontade do legislador e aplicar critérios pessoais de solução. No contexto de Estado constitucional democrático de direito, a Constituição possui normatividade e aplicabilidade direta, sobretudo os direitos fundamentais que devem ser realizados na maior medida possível, entretanto, nas hipóteses em que o legislador disciplinou a matéria, ou a regra é inconstitucional e deve ser afastada, ou é compatível à Constituição e, portanto, deve ser aplicada. A desconsideração ao ato normativo significa desprezo à manifestação da vontade popular, viola a soberania popular, motivo pelo qual eventual ato judicial omissivo deve ser controlado, se necessário, pela via abstrata e concentrada da ação declaratória de constitucionalidade. A prudência, além disso, impõe ao juiz um elevado ônus argumentativo quando a situação problemática concretamente deduzida exigir uma aplicação direta das normas constitucionais, principalmente quando enuncia conceitos jurídicos indeterminados.

### **5.1.2. Imparcialidade e Independência - Discrição**

O exercício democrático da jurisdição constitucional pressupõe, outrossim, imparcialidade. O juiz deve se desincumbir do seu múnus com independência e autonomia, razão pela qual exige-se dele nas suas relações sociais, políticas e econômicas uma postura de discrição. No plano social deve evitar a aproximação exagerada, muito íntima, com aqueles que eventualmente venham figurar na relação jurídica processual que ele deve presidir e julgar. No plano político, deve evitar emitir opiniões que revelem inclinação ideológica partidária, pois eventualmente exercerá jurisdição eleitoral. É temerário, por sua vez, ocupar posições em diretorias ou presidência de pessoas jurídicas de direito privado. Constitui-se a discrição comportamento indispensável à conservação da independência judicial, condição essencial à mais importante premissa da judicatura, a imparcialidade. Motivo pelo qual a investidura na função judicial, principalmente, nas Cortes Constitucionais deve se dar mediante o exame da personalidade, da vida pregressa, das relações sociais e políticas do candidato. A relevância, a extensão política e a missão democrática da Justiça Constitucional reveste de extrema importância a investidura de jurisdição. A nomeação de juízes constitucionais deve se realizar no âmbito de amplo procedimento constitucional, no âmbito do qual haja maior participação possível de todos os poderes, submetendo o candidato a um

longo processo de investigação sobre suas aptidões técnicas e morais, de sorte a afastar qualquer influência política nas deliberações do Tribunal. Na América do Sul e, especialmente no Brasil, a intensa influência política no tribunal gerada pela relação pessoal entre o chefe do executivo e o juiz nomeado lançam dúvidas sobre a sua imparcialidade, o que acaba por enfraquecer a credibilidade e a legitimidade de sua atuação jurisdicional. Atualmente, há várias propostas de Emenda Constitucional tramitando no Congresso Nacional brasileiro para modificar o modelo de seleção dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Em geral, eles propõem um mandato com prazo determinado, sete a doze anos, ou inclusão de outros órgãos e entidades no processo de escolha, v.g., a participação da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Conselho Nacional de Justiça, do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil, entre outros<sup>194</sup>.

Considerando-se que a autolimitação da jurisdição constitucional não constitui uma decisão heterônoma, externa ao judiciário, as qualidades pessoais do juiz constituem pressupostos subjetivos para o exercício democrático da jurisdição constitucional. Assim, segundo Gilmar Mendes, diante da abertura estrutural dos textos constitucionais, da sua fragmentariedade e incompletude, recomenda-se que as Cortes Constitucionais pratiquem um mínimo de *self-restraint*, uma vez que se reconhece que qualquer outra fórmula institucional - v.g., um controle efetivo do controlador - acabaria por retirar da jurisdição constitucional qualquer efetividade<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> A forma atual de seleção dos ministros do STF é a nomeação por ingerência do Presidente da República, por critério político, depois de aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal. Sucede que os senadores não cumprem adequadamente o seu papel de contrapeso no exame da composição desta Corte. A aprovação pelo Senado acabou por se tornar mera formalidade do ato de nomeação, na história republicana brasileira, ao longo de 129 anos (1889 a 2018), o Senado apenas rejeitou cinco indicações presidenciais, todas elas durante o governo de Floriano Peixoto, o que evidencia um critério mais voltado para a relação do parlamento com o chefe do executivo do que um critério focado nas qualidades técnicas e morais do juiz. FILHO, José Celso de Mello. *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República)*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas\\_sobre\\_o\\_Supremo\\_Tribunal\\_2014\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Notas_sobre_o_Supremo_Tribunal_2014_eletronica.pdf).

<sup>195</sup> MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. Pag. 462.

Diante das limitações de ordem subjetiva e objetiva às quais os juízes estão atrelados, podemos concluir, com suporte nos ensinamentos do Prof. Reis Novais<sup>196</sup> e de Owen Fiss<sup>197</sup>, que: não há razão para negar legitimidade à justiça constitucional. Pois, se, como diz Waldron, os representantes políticos são capazes de se libertar da condição de dependência político-partidária e eleitoral para deliberarem, com independência e boa fé, sobre o conteúdo dos direitos em uma lógica de bem comum. Os juízes constitucionais, com muito mais razão, teriam idôneas condições de deliberação independente e imparcial sobre a constitucionalidade da conformação legislativa dos direitos fundamentais. Pois, diferentemente do Parlamento, os juízes estão objetivamente libertos dos vínculos políticos de sujeição. Ademais, a imparcialidade é virtude para cuja assimilação os juízes foram treinados durante toda a vida, e com base nesse critério foram nomeados.

## 5.2. LIMITES OBJETIVOS

Os limites objetivos da jurisdição constitucional são de ordem normativa e de ordem dogmática, pertencentes pois ao direito e às ciências jurídicas. São limitações que decorrem dos princípios estruturantes da Constituição, do direito processual constitucional e da hermenêutica jurídica.

### 5.2.1 Hermenêutica Constitucional - Metódica Estruturante de Müller

A hermenêutica constitucional assumiu, no contexto da abertura estrutural, da fragmentariedade e da incompletude constitucional, papel essencial como limite à jurisdição constitucional. A reaproximação da realidade com o direito positivo promovida pelo constitucionalismo axiológico atribuiu à jurisdição a possibilidade de elaborar a norma jurídica em conformidade com as peculiaridades do caso concreto. O método hermenêutico clássico que compreendia a norma jurídica como sinônimo do texto legal foi superado pela

---

<sup>196</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Pag. 180 - 181.

<sup>197</sup> FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, Cambridge, Harvard University Press, 1979. V. 93, P. 9. "Não há razão para pensar que a decisão oposta prevaleceria se o processo legislativo estivesse funcionando perfeitamente; não há razão para supor que o grupo isolado e sem voz iria vencer ao invés de perder".

ideia de que a norma jurídica é inexistente antes da ocorrência da situação fática em que se pretende uma solução jurídica<sup>198</sup> e pela ideia de que o texto é apenas a "ponta do iceberg" normativo, o ponto de partida e limite para a interpretação constitucional democraticamente legítima.

A teoria estruturante de Müller propõe um modelo metodicamente estruturado de interpretação e concretização da Constituição. Partindo da premissa do realismo jurídico, da reaproximação da realidade com o direito, estabelece limites normativos ao poder criativo do juiz. Assim, o texto constitucional é ponto de partida e limite da atividade judicial, constitui uma moldura normativa que resguarda a sociedade contra decisões judiciais arbitrárias, bem como contra a aplicação inversa do silogismo jurídico, meio pelo qual princípios e conceitos jurídicos indeterminados são utilizados para fundamentar uma decisão formada *a priori*. Nesse sentido, a teoria estruturante da norma tem como objetivo, nas palavras de Müller: "uma argumentação e decisão integral, cujo processo pode ser mentalmente refeito - controlado por outros juristas, juízes/tribunais - e que tem natureza igualitária, com base no quadro do direito vigente, sempre amparado nos fatos do caso individual e nos fatos/suportes fáticos genéricos do tipo do caso. Não se trata, portanto, de um pragmatismo geral, ideológico, mas de um pragmatismo formado pelos conceitos e *modi operandi* teórico-metodológicos e operacionalizado nos detalhes desses mesmo conceitos e *modi operandi*. Assim o "direito" e a "realidade" não aparecem mais como categorias opostas abstratas; eles atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso - na forma da norma jurídica produzida. E essa ação jurídica é uma ação pela e na linguagem, é geração do texto com base em textos, inscreve-se na estrutura textiforme da democracia fundada no Estado de Direito"<sup>199</sup>.

A recriação da norma jurídica de modo metodicamente estruturado, a partir de signos linguísticos e dos dados da realidade concreta, possibilita às instâncias de revisão a

---

<sup>198</sup> MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pag. 11.

<sup>199</sup> MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Pag. 13.

reconstrução do caminho trilhado pelo órgão jurisdicional, estabelecendo, pois, limites/controle contra o arbítrio e o pragmatismo ideológico. Essa dinâmica garante a higidez dos princípios constitucionais estruturantes do estado democrático de direito, como o princípio republicano, a separação de poderes e a segurança jurídica.

### **5.2.2. Teoria da Argumentação Jurídica e Fundamentação das Decisões Judiciais**

A hermenêutica no Estado Constitucional de direito se funda na distinção entre texto normativo e norma. O poder legislativo enuncia dispositivos legais, textos dotados de autoridade que não constituem normas sem intermédio do judiciário. A norma não é mais objeto, mas resultado da interpretação. O discurso legislativo, portanto, depende do discurso judicial, poder legislativo e poder judiciário se colocam em uma relação de coordenação na criação normativa.

A modificação produzida pela ciência do direito na hermenêutica constitucional repercutiu sobre a noção de jurisdição, atribuindo-lhe poder de concretização de cláusulas abertas mediante o emprego de valores constitucionais dotados de eficácia normativa e vinculante. Diante da insegurança jurídica e do risco de arbitrariedades judiciais, o discurso jurídico, de modo diverso ao discurso legislativo, precisa se sustentar em uma racionalidade pública. Essa, segundo Rawls, diz respeito ao "*overlapping consensus*", ao consenso superposto de concepções individuais razoáveis, ainda que opostas, às quais podem ser aceitas como razoáveis por todos<sup>200</sup>. Alexy reforça a ideia de "*overlapping consensus*" de Rawls, segundo ele a concepção pública de justiça seria aquela que os cidadãos racionais com concepções morais distintas consideram como condições de cooperação social justas tão importantes - consenso - que não possam ser deixadas nas mãos do legislador<sup>201</sup>. Esse consenso é estabelecido, segundo Alexy, mediante a representação argumentativa das razões

---

<sup>200</sup> RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. Pag. 137. "Somente uma concepção política de justiça da qual se possa razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem pode servir de base à razão e à justificação públicas".

<sup>201</sup> ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. Pag. 40.

no âmbito da jurisdição constitucional, em um fórum de princípios<sup>202</sup> - Rawls - onde as questões mais relevantes da sociedade, retiradas do poder de disposição do legislador, são discutidas e decididas à luz de argumentos racionais e metodicamente estruturados.

No constitucionalismo axiológico, a jurisdição se relaciona com a legislação, não na revelação da norma pré-concebida pelo legislador, mas por recriá-la mediante concretização<sup>203</sup> de valores jurídicos abstratos. Contudo, para não configurar arbítrio, a concretização deve observar o consenso, a concepção pública de justiça, pressupondo adequada fundamentação racional, segundo a racionalidade de uma teoria da argumentação jurídica. A adequação democrática da fundamentação pressupõe, portanto, a racionalidade, a dialeticidade - contraditório - e a coerência. Deve ser racional para ser intersubjetivamente controlável, deve ser dialética, fruto do contraditório, para ser democraticamente aceitável<sup>204</sup> e deve ser juridicamente coerente para garantir segurança jurídica, igualdade e liberdade, coibindo-se o arbítrio que decorreria da utilização de conceitos jurídicos indeterminados como fator de pessoalidade na decisão jurisdicional.

A natureza criativa assumida pela interpretação constitucional, de revelar a norma à luz do caso concreto e dos valores constitucionais, impõe a utilização da racionalidade como critério universal de aceitabilidade da decisão. A fundamentação deve ser dotada de racionalidade, sem a qual não pode ser reconhecida como democraticamente legítima e adequada. A racionalidade estabelece um parâmetro objetivo de controle, necessário à contenção do abuso e, portanto, ao exercício antidemocrático da função judicial. A

---

<sup>202</sup> RAWLS, John. Ob. Cit. Pag. 235. Segundo Rawls o Poder Judiciário, no sistema de controle judicial de constitucionalidade, é o poder exemplar da razão pública: "ele é o único ramo do Estado que é direta e visivelmente a criação dessa razão, e dela somente. Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes quando os elementos constitucionais essenciais e a justiça básica não estiverem em jogo; não precisam justificar, por meio da razão pública, porque votam dessa ou daquela maneira, ou dar consistência a suas razões e articulá-las numa visão constitucional coerente, que abranja todas as suas decisões. O papel dos juízes é fazer exatamente isso e, ao fazê-lo, não têm nenhuma outra razão e nem quaisquer outros valores além daqueles de índole política".

<sup>203</sup> FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, Cambridge, Harvard University Press, 1979. V. 93, P. 4. "The function of a judge is to give concrete meaning and application to our constitutional values". Estes valores são aqueles que dão à sociedade identidade e coerência interna - a sua moralidade pública distintiva.

<sup>204</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. 2 Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pag. 116.

fundamentação, além de ser racional, deve ser precedida de contraditório, as razões invocadas como fundamento da decisão devem espelhar as razões ofertadas pelas partes. Assim, nos termos da teoria da argumentação de Alexy, a atividade interpretativa somente pode ser considerada racional se devidamente motivada do ponto de vista interno e externo<sup>205</sup>. A justificação interna da decisão é a correspondência lógica entre a sua parte dispositiva (norma do caso concreto) e a fundamentação que contempla todos as razões arguidas pelas partes. A justificação externa é a relação de adequação entre a solução jurídica e as premissas normativas e fáticas. É o campo próprio da argumentação jurídica, onde o juiz toma em consideração o enunciado legislativo, os postulados hermenêuticos metanormativos, a jurisprudência e as construções doutrinárias<sup>206</sup>. Nesse sentido, quanto maior a abertura semântica do enunciado normativo, maior a exigência de coerência e de justificação judicial na sua concretização.

O processo argumentativo deve conduzir a um resultado interpretativo racional, coerente e universalizável, que somente é possível com o emprego de critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial. A argumentação, portanto, deve ser orientada por códigos interpretativos que fornecem diretrizes primárias, diretrizes secundárias e diretrizes terciárias. As diretrizes primárias são atinentes à exegese do sentido e alcance dos dispositivos legais. Constituem, no contexto da metódica estruturante de Müller, a primeira fase da concretização constitucional onde, mediante o método jurídico dogmático de interpretação, revela-se o sentido semântico do texto. As diretrizes secundárias constituem critérios de valoração das diretrizes primárias, estabelecem uma ordem de preferência entre os argumentos - os argumentos linguísticos são preferíveis aos argumentos sistemáticos que, por sua vez, é preferível sobre os argumentos teleológicos<sup>207</sup> -; e diretrizes terciárias que atribuem uma direção ao processo interpretativo, como a promoção da segurança jurídica<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt im Main: suhrkamp, 1983. Pag. 273

<sup>206</sup> Idem, p. 285.

<sup>207</sup> SUMMERS Robert. *Interpretation and Justification*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (cords). *Interpreting Statues - A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991. Pag. 530. "(...) in this model, the first three of our categories form the ground for a prima facie ordering of arguments. When the interpretative conditions for linguistic arguments are satisfied, these arguments should be tried out prior to consideration of any

A interpretação é racional e democrática quando universalizável e coerente com a ordem jurídica. Universalizável no sentido de que, mediante uma fundamentação racional todos pudessem chegar a um mesmo resultado interpretativo, a um consenso acerca da concepção pública de justiça. "*There is no justification without universalization*", a justificação deve apresentar condições de "*replicability*", de ser replicada em casos semelhantes, sem a qual não há objetividade e imparcialidade na interpretação. A justificação deve ser coerente no sentido de que ela deve ser capaz de reconduzir a "um conjunto, internamente consistente, formal e materialmente, de princípios e regras"<sup>209</sup> fundamentais.

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional pressupõe, portanto, a correção da interpretação criativa do direito. Esta correção decorre da racionalidade demonstrada na justificação, a sua capacidade de universalização e a coerência jurídica. Tudo isso deve ficar evidenciado na fundamentação da decisão, sem a qual não é possível o controle intersubjetivo das razões e, portanto, configuraria exercício arbitrário de poder.

A constitucionalização do direito compreendida como a compreensão da lei a partir da Constituição aumentou o risco de subjetividade das decisões judiciais. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional pressupõe, neste contexto, a justificação racional da decisão mediante a oposição de razões juridicamente apropriadas, com aptidão à universalização no âmbito de uma democracia participativa, deliberativa<sup>210</sup>. A questão da

---

arguments; one should be move to considering systemic arguments only after a preliminary scrutiny of the output of linguistic ones; and only if there is some reason to doubt the satisfactoriness of the linguistically interpretation; likewise, on should move to the teleological - evaluative arguments (if at all) only after scrutiny of the former two".

<sup>208</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. Pag. 273 - 279.

<sup>209</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*, pag. 97 -99 e 189 - 213.

<sup>210</sup>ALEXI, Robert. *Balancing, constitutional review and representation*. 2005. Acessado em 16 de maio de 2018 em, <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>. "The inclusion of argument in the concept of democracy makes democracy deliberative. Deliberative democracy is an attempt to institutionalize discourse as far as possible as a means of public decision making. For this reason, the connection between the people and the parliament must not only be determined by decisions expressed in elections and votes but also by argument. In this way, the representation of the people by the parliament is, at the same time, volitional or decisional as well as argumentative or discursive. The representation of the people by a constitutional court is, in contrast, purely argumentative. The fact that representation by parliament is volitional as well as discursive shows that representation and argumentation are not incompatible. On the contrary, an adequate concept of representation must refer—as Leibholz puts it—to some “ideal values.” Representation is more than—as Kelsen proposes—a

legitimidade democrática da jurisdição constitucional, antes de constituir negação da democracia como sustentam os teóricos do positivismo, é uma questão de aceitabilidade da decisão a partir de critérios racionais definidos por uma teoria da argumentação jurídica. A natureza constitutiva, adscritiva da interpretação no contexto do constitucionalismo contemporâneo, jogou por terra as conotações cognitivistas da jurisdição, tornou superado a figura do juiz "*bouche de la loi*"<sup>211</sup> e "*Sklave des Gesetzes*"<sup>212</sup>. Atualmente reconhece-se certa discricionariedade judicial na aplicação do direito, sobretudo quando o legislador emprega uma técnica legislativa aberta na edição da lei, em detrimento da técnica casuística. Nesse contexto, a legitimidade democrática está condicionada à controlabilidade intersubjetiva das decisões, a partir de uma compreensão lógico-argumentativa do direito, da justificação racional e do emprego de postulados normativos aptos a tornar a concretização judicial estruturalmente controlável.

### **5.2.3. Coerência e Integridade da Jurisprudência - Teoria dos Precedentes Judiciais**

A ideia segundo a qual a função da jurisdição é integrar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados a partir da concretização de valores constitucionais enseja grande insegurança jurídica. É que, diante de um conceito jurídico indeterminado, o intérprete tem inúmeras possibilidades de solução para a questão vertida à sua apreciação, eliminando-se a previsibilidade necessária para que o indivíduo conheça os deveres que são assumidos na sociedade. Essa discricionariedade judicial, outrossim, cria grande risco de decisões conflitantes sobre situações jurídicas semelhantes, o que, a toda evidência, viola o princípio da igualdade na medida em que impõe tratamento isonômico também em relação às decisões judiciais. De modo diverso ao Estado legalista, que busca segurança jurídica, igualdade e

---

proxy, and more than—as Carl Schmitt maintains—rendering the repraesentandum existent. To be sure, it includes elements of both, that is, representation is necessarily normative as well as real, but these elements do not exhaust this concept. Representation necessarily lays claim to correctness. Therefore, a fully-fledged concept of representation must include an ideal dimension, which connects decision with discourse. Representation is thus defined by the connection of normative, factual, and ideal dimensions."

<sup>211</sup> MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Loix*. Paris: Garnier, 1869. Liv. XI, Cap. VI, P. 149.

<sup>212</sup> ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 11 ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2010. Pag. 190.

liberdade através do formalismo cognitivo da interpretação judicial, o Estado constitucional os realiza impondo à jurisdição deveres de integridade e coerência da jurisprudência. A segurança jurídica é elemento essencial à democracia, pois a liberdade política do indivíduo e a garantia de tratamento isonômico pressupõe se não a certeza do direito, ao menos sua previsibilidade. Com esse propósito, os deveres de coerência e integridade vinculam juízes e tribunais inferiores à *ratio decidendi* fixada no precedente judicial, tutelando-se uma legítima confiança de que a atividade jurisdicional do Estado adotará critérios impessoais e coerentes na solução de casos semelhantes.

A coerência é um imperativo decorrente do princípio da igualdade, de que aos casos semelhantes sejam atribuídas soluções semelhantes, sobretudo quando o Tribunal já tenha um entendimento jurisprudencial definido acerca daquela questão. Limita, com efeito, a discricionariedade judicial, pois subordina a interpretação ao caráter histórico do desenvolvimento judicial do direito. A força vinculante dos precedentes judiciais subordina o juiz aos sentidos e à densidade normativa atribuída às normas gerais a partir da semelhança entre casos concretos. A coerência, nesse sentido, impõe o dever de considerar os precedentes: seguindo-os, distinguindo-os - *distinguishing* - ou superando-os - *overruling* -. A construção judicial do direito, conforme a metáfora de Dworkin é um romance em cadeia. O juiz, nos casos difíceis, em que o ordenamento jurídico não oferece uma solução precisa, deve levar em consideração os sentidos jurisprudencialmente atribuídos às normas. Cada julgador escreve um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior<sup>213</sup>.

O dever de integridade, por sua vez, determina que o direito seja considerado em sua unidade, impedindo voluntarismos e argumentações arbitrárias. A jurisprudência no sistema de precedentes judiciais constitui o direito, tem força normativa, motivo pelo qual não pode ser ignorada pelo juiz na concretização de valores constitucionais. A jurisprudência, com efeito, revela as possíveis interpretações de conceitos jurídicos indeterminados no julgamento de casos concretos, contribuindo para a unidade do direito.

---

<sup>213</sup> DWORKIN, Ronaldo. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Pag. 275 - 277.

Os deveres de coerência e de integração constituem verdadeiros limites à jurisdição constitucional, vocacionados a realizar a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica, mediante a proteção da confiança e da garantia de utilização de critérios impessoais de decisão, fiéis à ordem jurídica como um todo. Nesse sentido a eficácia vinculante dos precedentes judiciais é instituição democrática que, inserida no contexto do constitucionalismo contemporâneo, substitui o formalismo cognitivo da jurisdição do Estado legalista como instrumento de segurança jurídica.

## 6. CONCLUSÃO

Apesar das profundas modificações da realidade e dos avanços no direito constitucional a partir da segunda guerra mundial, o pós-positivismo do constitucionalismo contemporâneo é alvo de frequentes críticas. As críticas são essenciais à evolução do direito como ordem capaz de disciplinar as relações de poder entre os homens em sociedade. Elas nos forçam a repensar estratégias para entender a realidade e conceber modelos de Estado e Nação idôneos à realização das aspirações do homem na sua existência. O direito é produto da cultura humana concebido como meio para atingir os fins presentes na consciência coletiva de uma pluralidade social, reunida em uma unidade política de ação. É, pois, instrumento de transformação da realidade para que a existência do homem não seja vivida em meio à intolerância, ao desrespeito, à insegurança e à tirania. Não é, pois, fim em si mesmo a justificar que a formalidade subjugu a sua vocação ética de produzir uma realidade justa, em que haja liberdade e que todos, independentemente das diferenças, sejam tratados com igual respeito e consideração. Entretanto, boa parte das críticas à jurisdição constitucional parece ignorar a essência do direito, como ordem e como meio de transformação da realidade. Direito e realidade estão em uma relação de coordenação, de influências recíprocas, o direito modifica a realidade na medida em que por ela é influenciado. Desde a segunda metade do Século XIX, o direito se transformou acompanhando as modificações da realidade. As críticas, todavia, não incorporaram essas mudanças, sustentam-se em ideias anacrônicas do positivismo clássico, da separação entre direito/moral e entre direito/realidade, da legalidade meramente formal, do codicismo, do patrimonialismo, e, por consequência de uma separação de poderes fundada na supremacia da lei e na racionalidade lógico-formal da jurisdição cognitivista.

O constitucionalismo contemporâneo resultou da evolução da ciência do Direito a partir da superação da imagem utópica do liberalismo, de uma sociedade homogênea composta por homens livres e iguais, e da transformação da concepção formal do princípio da legalidade, agregando-se-lhe elementos éticos da realidade social. A concepção liberal da legalidade formal, da lei genérica e abstrata, ignora as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, sob a premissa de que essa somente se realizaria se todos os homens fossem tratados de modo formalmente igual - abstraindo-se suas desigualdades concretas. A igualdade perante a lei foi a forma encontrada pelo Estado liberal para: extinguir os

privilégios de classe do antigo regime e proteger uma esfera de liberdade individual contra interferências arbitrárias do poder público. Sucede, contudo, que a igualdade social - material - constitui pressuposto essencial à realização da liberdade. A liberdade somente pode ser efetivamente usufruída a partir de um mínimo de condições materiais para uma existência digna. A pretensão de realização da liberdade e da igualdade no plano fático da realidade empírica - não somente no plano formal do direito - faz surgir a exigência de legitimação moral da ordem jurídica. O ordenamento jurídico constitui, com efeito, instrumento de realização da igualdade e da liberdade democrática através da efetiva garantia dos direitos fundamentais. A Constituição, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, ganha normatividade e, portanto, subordina o exercício do poder político à criação de condições mínimas à existência digna do homem. Nesse sentido ela é concebida como uma ordem fundamental de valores consubstanciados em princípios e regras escritas hierarquicamente supremas, que subordina o exercício do poder político à efetiva realização dos direitos fundamentais como condição de uma sociedade verdadeiramente democrática. A indeterminação semântica dos conceitos jurídicos estruturantes da normatividade constitucional propicia o amadurecimento da teoria das fontes do direito. A lei perde a posição central de forma jurídica e fonte exclusiva do direito, atribuindo-se normatividade às fontes substanciais do direito decorrentes da realidade social. A jurisprudência constitui-se, pois, como fonte de direito, em um contexto de realismo jurídico e força vinculante dos precedentes judiciais. A reaproximação entre o direito, a realidade e a moral decorre da força normativa da Constituição e da institucionalização da jurisdição constitucional como órgão competente para a concretização dos princípios gerais de justiça à luz do caso concreto. A normatividade, ensina Canotilho, não é qualidade das normas constitucionais, mas o efeito do procedimento metódico de concretização à luz dos valores constitucionais e da realidade concreta.

A normatividade de enunciados jurídicos de baixa densidade semântica e a conseqüente influência da realidade e das ciências sociais - que a tomam como objeto de conhecimento, a economia, a sociologia, a filosofia, etc - na concretização jurisdicional da Constituição, ensejou o fenômeno da judicialização de questões políticas, a aproximação entre política e direito. A doutrina tradicional, entretanto, apegada ao modelo jurídico liberal e à clássica separação de poderes, invoca tópicos argumentativos do Estado liberal - a segurança jurídica, a representação parlamentar da soberania popular como única fonte de legitimidade

democrática do poder político e a natureza lógico formal, cognitiva e declaratória da hermenêutica constitucional - para sustentar que a Constituição axiológica e a institucionalização da jurisdição constitucional representa um retrocesso democrático e constitui fator de nominalização da Constituição.

Entendemos nessa dissertação, contudo, que a jurisdição constitucional é a instância jurídica de construção da sociedade democrática, portanto, não só possui legitimidade democrática, como também é condição essencial à sua realização no Estado constitucional de direito. A construção de uma sociedade verdadeiramente democrática pressupõe uma compreensão realista do contexto social pluralista. A visão idealista de uma sociedade homogênea formada por homens livres/iguais, a crença ingênua na boa-fé dos representantes do povo e no Parlamento isento de fisiologismos só agrava as desigualdades e a opressão decorrentes da escassez de condições materiais mínimas para o exercício da liberdade. As desigualdades fáticas, a massificação dos conflitos e a heterogeneidade de interesses inviabiliza o modelo parlamentar de Estado liberal. A democracia representativa, sob o regime político majoritário de deliberação, nesse contexto, é fonte de despotismo, de imposição arbitrária de conservadorismos e discriminações das maiorias políticas eventuais às minorias e às suas peculiares formas de viver e enxergar a vida. É necessário, pois, reconhecer-se legitimidade democrática à jurisdição constitucional como instância jurídica e pública de deliberação sobre o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais positivados na Constituição sob a forma de princípios gerais de justiça. Constitui, pois, um "fórum de princípios" onde a pluralidade social, integrante da realidade constitucional, pode construir um consenso racional sobre princípios gerais de justiça, constitucionalmente retirados do poder de disposição da política. Nesse sentido, institui mecanismo de democracia participativa e promove a integração social em uma unidade política de ação, enriquecendo a democracia representativa pela inserção de procedimentos jurisdicionais de controle abstrato e concreto de constitucionalidade no âmbito de uma "sociedade aberta de intérpretes da constituição".

A institucionalização da jurisdição constitucional na arquitetura institucional da separação de poderes constitui fator de realização dos direitos fundamentais e, portanto, de promoção de efetivas condições de igualdade e liberdade essenciais à sociedade democrática. A concretização dos direitos fundamentais como pressuposto indispensável à realização da

democracia constitui fundamento de legitimidade democrática da jurisdição constitucional. O poder judicial, entretanto, como instância definitiva da concretização de conceitos jurídicos indeterminados, não sofre um controle heterônomo dos demais poderes, gerando um desequilíbrio na arquitetura constitucional da separação de poderes e, como consequência, risco de ativismo judicial.

A jurisdição constitucional, todavia, sujeita-se a limites objetivos e subjetivos que demarcam uma esfera, razoavelmente definida, dentro da qual o exercício do poder judicial revela-se democrático. Os limites objetivos resultam do ordenamento jurídico constitucional e da ciência do Direito, atinentes à hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais. O ordenamento jurídico limita a jurisdição subordinando-lhe aos princípios estruturantes da identidade constitucional: o regime democrático de governo, a separação de poderes e a efetiva garantia de direitos fundamentais; e, às regras de processo constitucional: princípio dispositivo - inércia da jurisdição -, princípio da adstrição ao pedido - limitação horizontal e vertical da cognição judicial -, o dever de motivação racional das decisões judiciais - teoria da argumentação jurídica - e a eficácia vinculante dos precedentes judiciais - deveres de coerência e integridade da jurisprudência -. A hermenêutica constitucional, ao seu turno, desenvolve uma metodologia racionalmente estruturada de interpretação, aplicação e concretização das normas constitucionais, orientada por um conjunto de postulados hermenêuticos metanormativos. Os limites subjetivos, por sua vez, constituem "virtudes passivas" qualificadoras da personalidade e da conduta do juiz. Com efeito, os juízes constitucionais devem fazer um exercício constante de prudência, de discricção, de coragem, de humildade e de "*self-restraint*" como condição para o desempenho imparcial, independente e objetivo da interpretação e concretização do ordenamento constitucional.

Termino a dissertação com uma ilustração do saudoso Rui Barbosa: "Creio na liberdade onipotente, criadora das nações robustas; creio na lei, emanção dela, o seu órgão capital, a primeira das suas necessidades; creio que, nestes regimes, não há poderes soberanos, e o soberano é o Direito, interpretado pelos tribunais. Creio que a própria soberania popular necessita de limites, e que esses limites vêm a ser as suas Constituições, por

ela mesma criadas, nas suas horas de inspiração jurídica, em garantia contra os seus impulsos de paixão desordenada."<sup>214</sup>

---

<sup>214</sup> BARBOSA, Rui. Resposta a César Zama, discurso no Senado Federal em 13 de Outubro de 1896.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review and representation**. 2005. Acessado em 16 de maio de 2018 em, <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/572/792008>.

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Frankfurt im Main: suhrkamp, 1983.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13 Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARBOSA, Rui. **Resposta a César Zama, discurso no Senado Federal em 13 de Outubro de 1896**.

BARROSO, Luiz Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas**. Artigo acessado em 25 de abril de 2018, <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7 Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco - 10 Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven, Yale University Press, 1986.

BURDEAU, Georges. **A democracia**. 3 Edição. Publicações Europa-América, 1975.

BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. T. VII. 2 Edição, 10 vols. Paris: LGDJ, 1966 a 1977.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015

CANARIS, Claus-Wihelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2 Edição. Introdução e Tradução por Antônio Menezes de Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Curitiba: Revista Sociologia e Política, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23 Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CHEMERINSKY, Erwin. **In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism**. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3798&context=facpubs>. Acessado em 20 de Maio de 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil**. 19. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e correção normativa do direito**. 2 Edição. São Paulo: Landy, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2001.

DWORKIN, Ronaldo. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review**. Cambridge/Mass, 1980

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 9 Edição. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Artigo disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Pag. 31. Organização de Luigi Ferrajoli, Lênio Streck e André Karam Trindade. Editora Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1993.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1985.

FISS, Owen. **The forms of justice**. V. 93. Harvard Law Review, Cambridge, Harvard University Press, 1979.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes? A interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6 Edição. São Paulo: Malheiros.

GUASTINI, Ricardo. **La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, Reimpressão em 2002.

HABERLE, Peter. **Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**. Vol. I. 2 Edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAND, Learned. **The Bill of Rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1958.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20 Edição. Tradução: Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998: Sergio Antonio Fabris Editor.
- HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução de Carlos Almeida, Gilmar Mendes e Inocência Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HIRSCHIL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of de new constitucionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
- LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Tradução original por Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.
- LEWANDOWSKI, Ricardo. **Proibição do retrocesso**. Artigo publicado na Folha de São Paulo no dia 01/02/2018.
- LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fisher, São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Hamburgo, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1972.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. Vol. I. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. 2000. Acessível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICIÁRIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 14 Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso. STF, MS23.452. Voto disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>.

- MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4 Ed. 6 T: Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MONTESQUIEU. **De L'Esprit des Lois**. Paris: Garnier, 1869.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**. Tomo II, Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora. Primeira Edição, 2014.
- MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4 Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito I**. Tradução: Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- NEVES, Castanheira, A. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em estado de direito democrático**. 1 Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2 Edição. São Paulo: Editora Método, 2014.
- RAWLS, John. **Liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARLET, Ingo, Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.
- SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Traducción de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass Robert. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press. 1999.

SUMMERS Robert. **Interpretation and Justification**. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (cords). **Interpreting Statues - A Comparative Study**. Aldershot: Dartmouth, 1991.

TUDELA ARANDA, José. **La democracia contemporánea. Mitos, velos y (presuntas) realidades**. Revista Española de Derecho Constitucional. 2017. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.05>.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, 2006: [https://cdrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron\\_core\\_of\\_the\\_case\\_against\\_judicial\\_review.pdf](https://cdrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf)

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power : The Judicialization of Politics**. New York : New York University, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.