

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO

Matheus de Toledo Dalecio

“ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”: a separação de Poderes
e os direitos fundamentais em tempos de ativismo

PARANAÍBA/MS

2016

MATHEUS DE TOLEDO DALECIO

**“ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”: a separação de Poderes
e os direitos fundamentais em tempos de ativismo**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, unidade de Paranaíba, como exigência parcial para bacharelado do curso de Direito, no período matutino, sob orientação do Professor Dr. Fabrício Muraro Novais.

PARANAÍBA/MS

2016

MATHEUS DE TOLEDO DALECIO

**“ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”: a separação de Poderes
e os direitos fundamentais em tempos de ativismo.**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabrício Muraro Novais
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Dra. Nária Cassiana Silva Barros
Juíza de Direito

Prof. Esp. Roberto Carlos de Oliveira Júnior
Assessor de Promotoria (Ministério Público)

Àqueles que deixaram saudades:
Maria José, Sérgio, Maria Lúcia e Mariano;
àqueles que me deram a vida:
Carlos e Mariângela;
àquele que compartilhou a vida comigo:
Arthur.

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma graduação, embora seja apenas o passo inicial da trajetória da vida profissional, é marcada por inúmeras pessoas que possibilitam tanto a realização desse sonho como também por aqueles que viabilizam que as dificuldades se tornem mais brandas. Por isso, não posso deixar de iniciar pela minha família que sempre souberam suprir minhas necessidades, não medindo esforços para ver minha felicidade.

Carlos e Mariângela, pai e mãe, todas as minhas vitórias serão destinadas a vocês. Todo apoio e todo amor que sempre me deram nunca passou despercebido por mim, embora a rotina fez com que muitas vezes eu me olvidasse de demonstrar minha eterna gratidão. Tenho marcado em minha vida toda a educação, o amor e o empenho que sempre dispuseram a mim, oferecendo-me do melhor que podiam e, inclusive do que não podiam só para ver minha felicidade. De igual modo, devo tudo a meu irmão Arthur que, por seu companheirismo peculiar e alegria imensurável, sempre esteve ao meu lado que, mesmo apesar da distância, nossa amizade não se abalou.

Aos meus mestres e à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), por ter me proporcionado momentos que levarei comigo, pelo conhecimento e pela dedicação ao ensino jurídico, comprometido a uma visão humanista do direito, sem se abster da técnica necessária para a execução cotidiana do direito. Agradeço, em especial, ao meu orientador Prof. Dr. Fabrício Muraro Novais, pela confiança e pelos momentos de aprendizado e aprofundamento nas vicissitudes do Direito Constitucional, o qual carrego elevada admiração.

Aos amigos do Tribunal de Justiça – Fórum da Comarca de Paranaíba, onde pude vivenciar a prática jurídica de maneira valiosa. À Dra. Nária Cassiana Silva Barros, Juíza de Direito da 1ª Vara Civil, por ter me dado a oportunidade de estagiar em seu gabinete que, sem dúvida, foi um dos momentos mais relevantes em minha formação acadêmica e jurídica.

Complementando o que disse no começo, tudo foi mais fácil pelas amizades que construí, ao passo que me considero abençoado por Deus. Reservo esse parágrafo para mencionar o meu alicerce durante esses anos em Paranaíba: Mileny, Luísa, Raiane, Halissa e Rumena. Companheiras de turma, amigas para a vida. Vocês foram o poema mais lindo que a vida me escreveu. Ivana, pela doçura na forma de ver o mundo. Gustavo Franco, por estar ao meu lado desde o início do meu primeiro ano. Uma amizade sem prazo, um afeto inigualável, uma irmandade recíproca. Jônatas Alves, pela amizade para toda hora. Sean Abib, embora imprevistos tenham nos distanciado, nossa amizade aprendeu a superar a distância. Pelo apoio

constante, pelas noites inteiras conversando sobre direito e política, pela compreensão e pelo carinho. Felipe, por tudo aquilo que você sabe que aqui está escrito, pela tolerância, pela compreensão e pelo respeito.

Por fim, propositalmente, agradeço Àquele que permitiu que o caminho trilhasse um destino tão bonito, baseado em Seu amor, Sua misericórdia e Sua bondade. Obrigado Deus por estar sempre comigo.

A persistência da Constituição é a sobrevivência da
democracia.

Ulysses Guimarães

RESUMO

O ativismo judicial é um tema contemporâneo no direito brasileiro, de origem estrangeira. Com o término da segunda guerra mundial, o cenário jurídico sofreu mudanças significativas, principalmente com a positivação dos direitos sociais, a adesão à normas abertas, a reafirmação da supremacia constitucional, e o modo de se interpretar o direito. O constitucionalismo, enquanto forma de limitação do poder, caminhou para outros sentidos, guiado pelas transformações sócio-políticas. Por conseguinte, observou-se a expansão do Poder Judiciário e, sobretudo, da justiça constitucional, observando os dois modelos principais de controle de constitucionalidade existentes: o americano e o europeu. A ascensão institucional do Poder Judiciário gerou uma necessária reflexão sobre o princípio da separação de Poderes adotado em praticamente todas as Constituições existentes, bem como sobre a atuação do Judiciário como, originariamente, legislador negativo. Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil adotou um sistema de controle de constitucionalidade misto, um texto marcado pela presença de normas-regra e normas-princípio, com grande preocupação na proteção dos direitos fundamentais. Diante disso, o presente trabalho tem por escopo, mediante pesquisa bibliográfica, observar as condições que levou o Supremo Tribunal Federal a adotar medidas ativistas, principalmente em sede de controle concentrado, dando ênfase final à declaração da existência do “estado de coisas inconstitucional” no Brasil, por meio da ADPF 347/DF, diante da violação sistêmica de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, aplicado anteriormente na Corte Constitucional Colombiana.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Jurisdição constitucional. Ativismo judicial. “Estado de coisas inconstitucional”.

ABSTRACT

Judicial activism is a contemporary theme in Brazilian law, from foreign source. With the end of World War II, the legal scenario suffered significant changes, especially with the positivation of social rights, the adherence to open norms, the reaffirmation of constitutional supremacy, and the way law is interpreted. Constitutionalism, as a form of power limitation, has gone to other meanings, guided by socio-political transformations. Therefore, it has been observed the expansion of the judiciary, and, above all, of the constitutional justice, considering the two main models of constitutional control: the American and the European. The institutional rise of the Judiciary generated a needed reflection upon the principle of separation of powers adopted in virtually all existing Constitutions, as well as the judiciary acting as, originally, negative legislator. With the promulgation of the Constitution in 1988, Brazil adopted a mixed constitutionality control system, a speech marked by the presence of norms-rule and norms-principle, with great concern in the protection of fundamental rights. Thus, the present study has by scope, through bibliographic research, examine the conditions which have led the Supreme Court to take activist measures, mainly based on concentrated control, giving the final emphasis on the declaration of existence of the "unconstitutional state of affairs" in Brazil, by ADPF 347/DF, on the systemic violation of fundamental rights in the Brazilian's prison system, previously applied in the Colombian Constitutional Court.

KEY-WORDS: Constitutionalism. Constitutional jurisdiction. Judicial activism. "Unconstitutional state of affairs".

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 NEOCONSTITUCIONALISMO (?) E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS	12
1.1 Constitucionalismo e constituição: parâmetros gerais	12
1.1.1 Principais marcos históricos do constitucionalismo	15
1.2 O Estado de Direito: entre a lei e a constituição	20
1.3 Neoconstitucionalismo e o Poder Judiciário: qual a relação?	22
1.3.1 Críticas ao neoconstitucionalismo.....	34
2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL	40
2.1 Alguns aspectos hermenêuticos.....	40
2.2 Jurisdição constitucional	45
2.2.1 Marbury x Madison e o controle difuso	48
2.2.2 O controle concentrado e o dogma do legislador negativo	49
2.2.3 A questão da separação de Poderes	55
2.2.4 Os direitos sociais e a “metodologia fuzzy” de Canotilho	57
2.3 Ativismo judicial.....	60
3 ADPF 347/DF E O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”	69
3.1. O STF e os casos de omissão inconstitucional	69
3.2 Origem e conceito do “estado de coisas inconstitucional”	71
3.3 Sentenças estruturais, separação de Poderes e ativismo estrutural dialógico ..	75
3.4 ADPF 347/DF e o sistema carcerário brasileiro.....	79
CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS.....	88

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo brasileiro tem passado por mudanças significativas nas últimas décadas. Após a promulgação da Constituição de 1988, o extenso rol de direitos fundamentais agora reclamam sua efetividade em um cenário jurídico-político conturbado. Pelo fato de o ordenamento jurídico gravitar em torno da Constituição, observou-se a ascensão institucional do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal que, como guardião do Texto Maior, traz para si as incumbências da existência de várias normas constitucionais abertas, da violação dos direitos fundamentais, bem como do constante controle de constitucionalidade. Além disso, ganhou destaque com a incursão dos direitos sociais, culturais e econômicos, temas como judicialização e ativismo judicial. Com esse enfoque, o 1º Capítulo busca sintetizar as premissas do constitucionalismo, que culminou atualmente no crescimento da importância do Poder Judiciário, em detrimento do Poder Legislativo.

O 2º Capítulo se fundamenta na atuação dos Tribunais Constitucionais que, com a positivação de direitos a nível constitucional, destacando-se o fato de ser uma Constituição analítica, influenciou na variedade de temas trazidos à jurisdição constitucional, ainda mais em um país que possui um modelo de controle de constitucionalidade que tenta conciliar fundamentos do modelo concentrado de origem europeia e do modelo difuso do direito norte-americano. Diante disso, bem como por uma perspectiva histórica de como se deu a existência e o surgimento desses dois modelos em seus respectivos territórios, há um certo conflito quanto a forma de atuação dos Tribunais ou Cortes Constitucionais, uma vez que o modelo austríaco, em sua essência propunha uma atuação negativa (legislador negativo), enquanto o modelo existente nos Estados Unidos pressupõe uma atuação mais ativa do Judiciário, em decorrência, principalmente, das premissas do *common law*.

Inevitável perceber que diante da omissão dos poderes públicos na realização de políticas públicas, se adentrou no temo do ativismo judicial que, sob a égide do princípio da separação de Poderes e de competências tipificadas previamente pelo texto constitucional, discute-se a legitimidade e a competência dos Tribunais Constitucionais em avançar em assuntos que, *a priori*, não fazem parte de suas atribuições. Desse modo, o ativismo judicial tem dividido opiniões, todas elas bastante pertinentes, uma vez que denota uma mudança na postura decisória de questões que interferem diretamente na sociedade, quase todas elas pautadas nos direitos fundamentais.

Com esse paradigma, o 3º Capítulo se estrutura no surgimento da proposta de se declarar o denominado “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, diante da constante violação de direitos fundamentais nesses ambientes, bem como das condições degradantes que os presos são expostos, proposta esta que foi viabilizada pela ADPF 347/DF ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Originário da Corte Constitucional Colombiana, o “estado de coisas inconstitucional” se fundamenta na violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de falhas sistêmicas, bem como da omissão dos poderes públicos em buscar solucionar esses casos. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal agora discute a sua aplicação no caso brasileiro e como seria possível a sua execução como forma de superação desse quadro de latente inconstitucionalidade que passa longe das pautas políticas administrativas e legislativas, evidenciando a frequente omissão desses entes e o desrespeito aos direitos fundamentais.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO (?) E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

O constitucionalismo, em seu aspecto terminológico, é recente se comparado com seu aspecto existencial. Bulos (2015, p. 64) afirma que “[...] se a palavra constitucionalismo é nova, sua concepção é muito velha”. Diz, inclusive, que Platão já trazia, com a necessária ponderação histórica, a ideia de um Estado constitucional.

Seja em seu sentido amplo ou estrito, a constituição sempre foi uma forma de conceder ou limitar o exercício daquele que detinha o poder. Além disso, em uma percepção moderna, a constituição tornou-se o meio de garantia dos direitos fundamentais inseridos em seu texto e a forma de se tutelar as liberdades públicas frente ao arbítrio estatal (BULOS, 2015, p. 64).

Antes de mencionar o “novo” constitucionalismo e sua influência no Poder Judiciário, faz-se necessário alguns apontamentos sobre o que vem a ser o constitucionalismo em um sentido mais abrangente, bem como os marcos históricos relevantes.

1.1 Constitucionalismo e constituição: parâmetros gerais

Ensina Luís Roberto Barroso que “[...] constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei” (2011, p. 27). Não por outro motivo, a ideia de constitucionalismo está geralmente vinculada à existência de uma constituição. Entretanto, não se trata de um pressuposto absoluto, pois é incorreto afirmar que o Reino Unido, por exemplo, não se adere ao advento constitucionalista por não apresentar uma constituição formal. Outro ponto a ser observado: a existência de uma lei suprema não exaure a validade do ideal constitucionalista, sendo que, por muito também se aproxima com o ideal de democracia, de modo a refletir cada vez mais na ordem jurídica vigente. Surge, então, a questão da legitimidade e do exercício do direito:

Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações *materiais* [...]. Em segundo lugar, há uma específica estrutura *orgânica* exigível [...]. Por fim, há limitações *processuais*: os órgãos de poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal [...]. Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. (BARROSO, 2011, p. 27).

Podemos mencionar, em rol exemplificativo, as limitações materiais, orgânicas e processuais, respectivamente como: (i) o direitos fundamentais e os pressupostos axiológicos,

como a justiça e a dignidade da pessoa humana; (ii) a divisão entre as três funções básicas de legislar, julgar, bem como seus órgãos e seu controle recíproco conhecido como *checks and balances*; (iii) e aquelas que podem ter caráter procedimental, como a ampla defesa e o contraditório, ou caráter substantivo, tendo grande importância a razoabilidade, a proporcionalidade e a racionalidade. (BARROSO, 2011, p. 27).

Evidencia J. J. Canotilho (2003, p. 51) que não existe um único constitucionalismo, mas sim vários constitucionalismos. Isso se deve porque a noção de constituição que se estabelece atualmente é fruto de vários “movimentos constitucionais” que, ora se aproximam, ora se peculiarizam, influenciados pelo contexto histórico-cultural de cada Estado. Nesse liame, conceitua constitucionalismo como:

[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, **o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos**. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (2003, p. 51, grifo nosso).

A partir de uma visão histórica, o constitucionalismo moderno surge, já no século XVIII, como um movimento destinado a superar os pressupostos do constitucionalismo antigo enraizados desde o final da Idade Média, abrangendo aspectos políticos, sociais e culturais que coloca em pauta o fundamento do poder político e do direito positivo não apenas na esfera jurídica, como também na política e na filosófica.

Conforme explica Canotilho (2003, p. 52), esse fenômeno resultou na chamada “constituição moderna” que estabelece uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.” Esse conceito pode ser dividido em algumas dimensões que corroboram para sua compreensão, como a existência de uma “(1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*” (2003, p. 52). Ressalva-se, como já mencionado, que a generalidade desse conceito não pode ser aplicada de modo inequívoco, uma vez que o constitucionalismo inglês, *v. g.*, destoa desses parâmetros.

Para Bulos (2015) o constitucionalismo se divide em dois sentidos: o sentido amplo e o estrito. No primeiro caso, seu fundamento de existência se adorna na existência de uma constituição, independentemente das classificações hoje adotadas pela Teoria da Constituição. O constante conflito entre poder e liberdade que marcam a história sempre pautou-se em

normas e ideais, seja para legitimar ou para buscar a limitação do poder soberano, como ocorreu, com grande evidência, na Revolução Francesa no século XVIII. É possível, portanto, resumir o sentido amplo de constitucionalismo na existência, por si só, de pressupostos nem sempre definidos, como os usos e costumes, “[...] que ordenavam, com supremacia e coercitividade, a vida de um povo.” (BULOS, 2015, p. 65).

Por outro lado, o constitucionalismo em sentido estrito traz em seu bojo não a mera existência de uma constituição, mas sim a tutela das liberdades e sua respectiva técnica jurídica. Retoma-se aqui, aquele constitucionalismo originário de movimentos constitucionalistas que, segundo Bulos (2015, p. 65) “[...] teve caráter jurídico, social, político e ideológico.” Nesse contexto, o movimento constitucionalista defendia a necessidade dos Estados possuírem constituições escritas com a finalidade precípua de serem verdadeiros instrumentos para assegurar os direitos e garantias fundamentais, como ocorreu no final do século XVIII em face absolutismo que, nos meandros do Antigo Regime, estabelecia a concentração do poder pela monarquia, enquanto, paralelo a isso, o constitucionalismo trazia o ideal da divisão do poder. Nesse sentido, Matteucci citado por Bulos (2015, p.65) estabelece:

A definição mais conhecida de constitucionalismo é a que o identifica com a divisão do poder ou, de acordo com a formulação jurídica, com a separação dos poderes. A favor desta identificação existe um precedente assaz respeitável, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que tão grande influência havia de ter nas mudanças constitucionais da Europa no século XIX (grifo nosso).

Esse movimento constitucionalista constituiu no instrumento em face do absolutismo então dominante, originado dos resquícios feudais. O absolutismo que gravitava em torno do monarca e de sua soberania, idealizada por Jean Bodin como “absoluta, indivisível e permanente” e Hobbes no seu *Leviathan*, que defendia a soberania absoluta do monarca, foi gradativamente perdendo força e, com o advento das Revoluções francesa e americana e com os ideias de Rousseau, o detentor do poder soberano passou, gradativamente, ao povo (BARROSO, 2009, p.31).

Resume Bulos (2015, p. 66) ao dizer que “como técnica jurídica de tutela das liberdades, o constitucionalismo foi um movimento criado para assegurar as prerrogativas inalienáveis do ser humano, permitindo ao povo exercer seus direitos fundamentais, previstos na constituição.” Esse processo, entretanto, se posiciona ao longo da história de forma ampla e gradual, com avanços e retrocessos que concorreram para o estágio atual do constitucionalismo contemporâneo.

1.1.1 Principais marcos históricos do constitucionalismo

O constitucionalismo e sua evolução foi registrado pela história, principalmente com a elaboração de cartas, tratados e outros tipos de formalização de direitos e garantias. Por esse fato muitos autores relacionam o constitucionalismo com a evolução dos direitos fundamentais, pois a positivação de direitos é uma das formas de se obter a limitação do poder. O constitucionalismo, para Bulos (2015), divide-se em 6 etapas, com fenômenos políticos específicos, abrangendo desde o constitucionalismo primitivo, com início 30.000 anos antes de Cristo até o constitucionalismo do futuro, ainda incerto e formado por expectativas (2015, p. 66).

Na primeira etapa, não se pode vincular a noção de constitucionalismo com constituição escrita, uma vez que tratava-se de regras basicamente consuetudinárias, cercada de misticismos com predomínio do politeísmo. Loewenstein afirma que “[...] o marco do nascimento do movimento constitucionalista foi entre os hebreus, que em seu Estado teocrático estabeleceram limites ao poder político pela imposição da Bíblia” (BULOS, 2015, p.67). Barroso, abordando a antiguidade clássica e adentrando no constitucionalismo antigo, traz Atenas como pioneira no que se refere à limitação política do poder, sendo a origem de vários institutos ainda hoje aplicados “[...] como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei [...]” (BARROSO, 2009, p. 28).

Vários outros momentos possuem relevância tanto para o constitucionalismo quanto para os direitos fundamentais. Na Inglaterra, a Magna Charta de 1215, sob a outorga do rei João Sem-Terra, estabelecia várias garantias, entre elas liberdades religiosas e referentes à locomoção, questões tributárias e aspectos relacionados à uma aplicação proporcional da sanção em razão do delito praticado. Vale destacar, também, garantias processuais, como o devido processo legal e relativas ao acesso à Justiça (MORAES, 2005). A relevância da Magna Charta para o constitucionalismo se deve pelo inovação histórica da vinculação do rei das leis que ele mesmo editava. Além disso, ensina Comparato (2010, p. 92):

[...] O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos dos dois estamentos livres – a nobreza e o lero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou na religião, mas também por direitos subjetivos dos governados.

Outro importante documento foi o Habeas Corpus Act inglês de 1679, que ampliou as garantias do *writ* para limitar o exercício das arbitrariedades do poder real por oposição política. Não há dúvidas da sua importância para a proteção das liberdades, principalmente porque inspirou vários países, inclusive na América Latina, que foi utilizado para além da garantia da liberdade de locomoção (COMPARATO, 2010, p. 101).

Ainda no âmbito do constitucionalismo inglês no século XVII, o Bill of Rights de 1689 votado pelo Parlamento constituiu-se numa das Leis Fundamentais do governo. Tratava-se de uma verdadeira declaração de direitos que muito avançou no que tange aos direitos fundamentais. A monarquia absoluta que, até então vigorava, vislumbrou o seu fim, transferindo a competência de legislar e da criação de tributos para o Parlamento (COMPARATO, 2010, p.105). Moraes ainda afirma que o referido documento também regulou o:

[...] fortalecimento ao princípio da legalidade, ao impedir que o rei pudesse suspender leis ou a execução das leis sem o consentimento do Parlamento; criação do direito de petição; liberdade de eleição dos membros do Parlamento; imunidades parlamentares; vedação à aplicação de penas cruéis; convocação frequente do Parlamento (MORAES, 2005, p.7).

Como pode ser visto, a Declaração de Direitos inglesa traz um rol significativo de direitos, garantias e prerrogativas que restringiu o poder estatal. É necessário destacar que, além disso, o *Bill of Rights* trouxe garantias institucionais do Estado que, em um conjunto, faz com que ele seja até hoje uma das referências constitucionais no Reino Unido. Nesse contexto, Comparato (2010, p.105) explica:

O documento proposto à aceitação do Príncipe de Orange, como condição de seu acesso ao trono da Inglaterra, representou a institucionalização da permanente separação de poderes no Estado, a qual se referiu elogiosamente Montesquieu meio século depois. [...] o Bill of Rights criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.

O Parlamento, portanto, ganha novos poderes em face do Rei, uma vez que limitou suas atribuições por meio da separação de poderes, além de que a declaração reafirmou inúmeros direitos fundamentais substanciais e processuais que se estendem até os dias atuais nas constituições contemporâneas. Esses não são os únicos documentos que fundamentaram o constitucionalismo até meados do século XVII. Embora significativos, Alexandre de Moraes (2005, p. 7) afirma que [...] o forte desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais deu-se, porém, a partir do terceiro quarto do século XVIII até meados do século XX.”

Grande evidência se dá, já no século XVIII, ao constitucionalismo norte-americano e o francês. Não é por menos que a Declaração de Independência dos Estados Unidos simboliza, segundo alguns doutrinadores, a inauguração da democracia moderna. Converte, nesse período, no bojo de um regime constitucional, “[...] a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos” (COMPARATO, 2010, p. 111).

Embora a forte segregação racial das colônias do sul não se encaixe nesses parâmetros, as Treze Colônias, de modo geral, se destacaram por uma independência cultural, com um nítido espírito contrário à monarquia e a uma sociedade dividida em estamentos. A ideia de igualdade jurídica, assim como a repulsa ao modelo tradicional da aristocracia europeia foi o que despertou interesse em Tocqueville na sua passagem pelo país em meados do século XIX (COMPARATO, 2010).

Desse modo, a América do Norte evidenciou uma autêntica democracia burguesa, em que a igualdade formal e a garantia à livre concorrência caminhavam atreladas. Prevalencia, também, a perspectiva do contrato social, que estabelecia o acordo de vontades como fundamento político da sociedade. Comparato (2010, p. 114) ainda afirma que outro destaque se deu à “[...] defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular.” Essa ideia de governo pelo consentimento propiciou avanços em termos democráticos que até então não eram vistos devido à soberania do monarca sobre seu povo.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos se estabelece como pioneira no que concerne à positivação de princípios democráticos e, além disso, atribui ao povo a legitimidade política do Estado, colocando em prática os ensinamentos de Locke. É o consentimento dos governados, e não dos governantes, que legitima a independência de um país. Comparato (2010, p. 119) ainda ensina que:

A importância histórica da Declaração da Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.

Ainda sobre o constitucionalismo norte-americano, a Constituição dos Estados Unidos da América reitera, mais de uma década depois, aquilo que já se havia estabelecido, de modo a influenciar posteriormente vários países na garantia de direitos constitucionais materiais e formais, conforme preleciona Moraes (2005, p.10):

Igualmente, a Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez primeiras emendas, aprovadas em 25-9-1789 e ratificadas em 15-12-1791, pretenderam limitar o poder estatal estabelecendo a separação dos poderes estatais e diversos direitos

humanos fundamentais: liberdade religiosa; inviolabilidade de domicílio; devido processo legal; julgamento pelo Tribunal do Júri; ampla defesa; impossibilidade de aplicação de penas cruéis ou aberrantes.

Nesse mesmo entendimento, Luís Roberto Barroso (2011, p. 40) afirma que a Constituição americana mantém, mesmo depois de ter decorrido mais de dois séculos de sua existência, o número reduzido de sete artigos. Destaca-se também pela institucionalização da evidente separação entre os três poderes que o Estado apresenta, em uma República com base em uma sistema presidencialista. Além disso, o direito norte-americano é tradicionalmente consuetudinário, sob a vigência do *common law*, de modo a ampliar o poder criativo dos tribunais e adaptar o direito ao caso concreto. Por isso, o sentido original se distância do atual, entretanto, sem modificação no seu texto. O autor (2011, p. 42) ainda afirma que:

A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (Justices). Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição, sua trajetória é marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção. **A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana** (grifo nosso).

Desse modo, o sistema jurídico estadunidense se diferenciava do direito inglês porque se distanciou da soberania parlamentar, dando lugar à supremacia da Constituição, ratificada pela Suprema Corte no famoso caso *Marbury v. Madison* de 1803 (BARROSO, 2011).

Houve, portanto, um afastamento na noção de Constituição vinculada ao direito natural, surgindo a noção de Constituição moderna caracterizada, como explica Comparato (2010, p. 125) em “[...] um ato de vontade, o supremo ato da vontade política de um povo. A sua finalidade precípua é a proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes. Por esta razão, ela deve constar de um documento solene, que é a verdadeira Carta Magna das liberdades.” Não por outra razão que se atribui a criação da Constituição moderna aos norte-americanos.

Destaca-se no constitucionalismo europeu os ideais filosóficos propagados na França com o surgimento do movimento iluminista, movidos pela ascensão da classe burguesa e da luta desta contra os privilégios recebidos pela nobreza. Em um contexto de pobreza das classes populares, o constitucionalismo francês no fim do século XVIII foi um reflexo da vontade da retirada do poder político das mãos da nobreza e transferi-lo à burguesia, conforme explica Dimoulis (2011, p. 28) e complementa:

Em um contexto social marcado por turbulências e rupturas, o constitucionalismo francês tinha como principal alvo os aparatos das Administração e da Justiça, dominados pelos representantes e pela mentalidade do ‘*ancien régime*’ e confiava no

Parlamento que era composto, em sua esmagadora maioria, por representantes da burguesia, sendo apresentado, no plano da ideologia política, como único legítimo representante da soberania nacional e do ‘interesse geral’, ou seja, também das crescentes massas miseráveis que deixavam os campos em direção às cidades.

A Revolução Francesa teve sua importância devido ao seu resultado. Significou o fim de um regime que já estava fadado ao próprio fracasso regado à privilégios, o absolutista, e a ascensão do regime liberal e da sociedade burguesa em face da sociedade aristocrata. Insere-se a ideia de soberania popular. Nesse contexto, Gilmar Mendes (2013, p. 44) diz que:

O Parlamento passa a ser a sede de defesa dos interesses do povo, e esses interesses tinham por vértice os valores da liberdade individual e da propriedade, que não encontravam amparo adequado sob o regime monárquico absolutista. Proclamava-se que os valores da liberdade somente seriam eficazmente garantidos se houvesse a consagração da separação de Poderes, de tal sorte que uma esfera do poder poderia frear os excessos de outra, obviando situação em que um mesmo órgão pudesse elaborar normas gerais e implementá-las na prática.

Tanto é verdade que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 trouxe em seu bojo tais princípios, ganhando normatividade os anseios sociais e os interesses da Revolução. Para isso, o penúltimo artigo da Declaração tipificava que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Dentre vários documentos importantes, resta lembrar a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Foram elas as responsáveis por introduzir os direitos de segunda dimensão ao plano positivo do constitucionalismo que, até então impunha ao Estado prestações negativas aos cidadãos. Nessa etapa, os direitos sociais, culturais e econômicos ganham destaque, de modo a exigir ações positivas do Poder Estatal a fim de garantir a efetivação da norma constitucional, por isso, são também chamados de direitos de crédito e de feição social (LAFER, 2009). Sobre sua relevância histórica, Comparato (2010, p. 205) menciona que:

Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado a sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas de todos o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos – que o sistema comunista negava – com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo.

Inúmeros são os documentos que simbolizam a trajetória do constitucionalismo, em variados contextos e em importâncias diferentes. O modelo de constituição que hoje se estabelece foi fruto de um longo caminho, da mesma forma que o seu conteúdo normativo. Se

atualmente a Constituição encontra-se como núcleo gravitacional de todo um ordenamento jurídico, fundado por um Estado Democrático de Direito, foi entre acertos e derrotas que a história constitucional se consolidou.

1.2 O Estado de Direito: entre a lei e a constituição

A expressão Estado de Direito, para Luigi Ferrajoli (2003), é dividida em dois aspectos, sendo o primeiro entendido como lato ou formal, e o segundo substancial. No primeiro caso, a lei é uma fonte formal a qual se vincula tanto os poderes públicos como os procedimentos que formalizarão seus atos. Por outro lado, o sentido substancial estabelece que o poder público, além de estar sujeito à lei enquanto forma, também se sujeita ao seu conteúdo. Nesse caso, há uma vinculação de todos os poderes, incluindo o próprio legislativo, ao conteúdo das normas constitucionais, bem como seus princípios, como os direitos fundamentais e a separação de poderes.

O autor sustenta, a partir dessa divisão, a existência de dois modelos que se adequam, cada qual em um dos sentidos, denominados **Estado legislativo de Direito** ou modelo *paleo-iuspositivista* e **Estado constitucional de Direito** ou modelo *neo-iuspositivista*. O primeiro traço distintivo entre esses dois modelos é temporal. Enquanto o Estado legislativo e sua respectiva produção jurídica se vinculam ao período histórico do Estado moderno, o segundo sedimenta-se com as consequências da Segunda Guerra Mundial, principalmente no território europeu, no que tange ao controle de constitucionalidade de leis e à rigidez constitucional (FERRAJOLI, 2003, p. 14).

Antes disso, o direito pré-moderno foi formado por fontes plurais, baseado na jurisprudência e na doutrina originadas de instituições variadas. Prevalece nesse momento a frase “*veritas, non auctoritas facit legem*” contrária ao pensamento proposto por Hobbes, a qual expressava o predomínio do pensamento jusnaturalista no direito pré-moderno. Nesse sentido, afirma o jurista:

[...] em efecto, com aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del Derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado em la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del Derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad (FERRAJOLI, 2003 p. 15).

Desse modo, com o princípio da legalidade influenciando a mudança do paradigma da jurisdição, afasta-se a hegemonia da produção jurisprudencial e legitima-se a lei como parâmetro de manifestação do direito. É o que explica autor explica:

El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho, em el momento em que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido 'puesta' por una autoridad dotada de competencia normativa (FERRAJOLI, 2003, p. 15).

A afirmação do princípio da legalidade se evidencia pelo monopólio estatal da produção jurídica. O Estado de Direito moderno traz em seu bojo o positivismo jurídico como um avanço a até então dominante teoria jusnaturalista. Aqui se insere a frase citada por Hobbes no seu Diálogo: *autoritas, non veritas facit legem*, ou seja, é da autoridade que advém a lei, uma vez que o monopólio jurídico agora está nas mãos do Estado (FERRAJOLI, 2003, p. 17).

Enquanto o Direito pré-moderno era norteado basicamente em por valores e fundava-se em uma pluralidade de fontes, sobretudo a jurisprudência, o Direito moderno emerge do princípio da legalidade com fundamento no positivismo jurídico. O novo modelo de Estado de Direito surge no pós-Guerra, em sentido substancial, com Estado constitucional de Direito (FERRAJOLI, 2003).

Com a legalidade enraizada na estrutura do Estado de Direito, o século XX apresenta um passo significativo para o constitucionalismo, subordinando a legalidade a Constituições rígidas, ou seja, supervalorizando as normas constitucionais, repletas de garantias e princípios, estabelecendo uma nova hierarquia normativa no Estado de Direito. Coloca-se em pauta a validade das leis que divergissem da Constituição. Assim, afirma Ferrajoli (2003, p. 18):

Ante todo, cambiam las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos com los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

O Estado Constitucional avança, se comparado com o modelo de Estado anterior, não apenas no respeito à supremacia da constituição em face das demais normas, mas sobretudo pelo fato de a própria Constituição exercer um papel ativo frente a essas leis, estabelecendo obrigações e impondo proibições, principalmente no que concerne as liberdades públicas e aos direitos sociais (FERRAJOLI, 2003, p. 18).

Desse modo, há uma nítida ampliação da função da jurisdição, já que cabe a ela a aplicação da lei, sendo indispensável a realização de um juízo de constitucionalidade para

verificar os possíveis vícios materiais e formais que a norma possa apresentar. O constitucionalismo rígido, como base do Estado constitucional, segundo Ferrajoli, tem como consequência o aprimoramento do Estado de Direito e do próprio positivismo jurídico, apresentando uma forma mais desenvolvida, uma vez que vincula o poder legislativo, que antes era absoluto, à lei, bem como às condições de existência e validade do Direito (FERRAJOLI, 2003, p.19)

Canotilho (2003, p. 245) não foge da essência ao mencionar que, atualmente na República Portuguesa, “O estado de direito é um estado constitucional [...]”, pois, “[...] pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos”, e ainda resume ao dizer que:

Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um Estado com qualidades, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para ser um estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis que as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático (2003, p. 93).

Por isso, inclusive, subdivide o Estado de Direito, enquanto princípio, em três pressupostos: (i) juridicidade; (ii) constitucionalidade; (iii) sistema de direitos fundamentais, sem se esquecer do princípio da separação de poderes (CANOTILHO, 2003, p. 243).

1.3 Neoconstitucionalismo e o Poder Judiciário: qual a relação?

De todas as certezas que permeiam o neoconstitucionalismo, a principal é a complexidade de sua definição. Complementa Carbonell (2009, p. 197) ao dizer que “*no son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de outra manera*”.

Entretanto, é possível traçar algumas premissas que, embora criticadas por alguns autores, podem tentar definir o que vem a ser esse novo paradigma. Para isso, Sarmiento (2009, p. 10) sintetiza as principais mudanças:

a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou 'estilos' mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento, d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates

jurídicos; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo **deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário** (grifos nossos).

Segundo apresenta Luís Roberto Barroso (2005), e aqui se evidencia o entendimento mais difundido, é possível estabelecer, no que concerne ao neoconstitucionalismo, três marcos fundamentais: o marco histórico, o teórico e o filosófico. Esses, portanto, sintetizam as principais mudanças verificadas na seara do direito constitucional contemporâneo.

Entende-se como marco histórico o final da Segunda Guerra Mundial, pois observa-se várias mudanças na cultura jurídica da Europa Ocidental que, posteriormente, foi gradativamente percebida em outras partes do mundo (BARROSO, 2005, p. 3).

Dentre as mudanças observadas a partir desse período, Sarmento (2009, p. 13) explica que, houve uma diferença nas fontes, pois, até então, a lei era a fonte principal do direito em detrimento das constituições, que serviam como mera fonte de inspiração e não de garantia de direitos. Isso significa que, no tocante à proteção dos direitos fundamentais, tratava-se de uma atividade discricionária do legislador protegê-los ou não, o que evidencia uma fragilidade estrutural, já que o Legislativo, cuja composição se dava por meio do voto, representava uma sociedade que ainda não conquistara o direito ao sufrágio universal.

Reafirmando o marco histórico, Mascaro (2012, p. 37) preleciona que “[...] foi somente no pós-Segunda Guerra Mundial que se deu um trabalho teórico de reinvestimento no conteúdo das normas constitucionais [...]”. Com o final da grande guerra e a descoberta das atrocidades provocadas pelo nazismo alemão sob o viés da legalidade, ressaltou-se a necessidade de uma mudança de paradigma, principalmente no que tange à proteção dos direitos fundamentais. Houve, também, uma aproximação entre as concepções jurídicas europeias e norte-americanas, em que a Constituição, acerca da autenticidade, é elevada ao *status* de norma jurídica, que gerou a criação ou o fortalecimento de uma jurisdição constitucional, bem como de “[...] mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador” (SARMENTO, 2009, p. 14).

Isso ocasionou, também, uma irradiação do direito constitucional, já que o processo de reconstitucionalização europeu gerou uma formação político-estrutural do Estado ocasionada tanto pela ideia de centralidade da Constituição como também os próprios ideias democráticos que ressurgiram. Essa nova organização política denominou-se Estado Democrático ou Constitucional de Direito. Destacou-se, nesse momento, tanto a elaboração da Lei Fundamental de Bonn em 1949 como também a instalação do Tribunal Constitucional

Federal no início da década de 50 (BARROSO, 2003 p.3). Complementa Carbonell (2009, p.198) ao dizer que:

El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas 'materiales' o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado [...]

Pode-se dizer, portanto, que as constituições europeias do pós-Guerra inovaram no cenário do constitucionalismo contemporâneo, principalmente por serem “[...] documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não era tratados pelas constituições [...]”. Com a abrangência e a extensidade interpretativa das normas constitucionais, ocorreu, com grande ênfase o Poder Judiciário, o fenômeno da constitucionalização do direito devido, principalmente, à notória irradiação do direito constitucional que se percebeu, “[...] que envolveu a ampliação das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do direito” (SARMENTO, 2009, p.15). Sobre isso, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 45) destaca:

Segundo Schuppert e Bumke, no início do processo de irradiação do direito constitucional pelos outros ramos do direito, um dos objetivos principais era simplesmente a solidificação da submissão desses ramos aos ditames constitucionais. Ainda que essa soe trivial para o jurista contemporâneo, nem sempre foi assim, especialmente por causa da milenar tradição do direito privado como área do direito à autonomia privada, não submetida às previsões do direito público.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Barroso, além do referido marco histórico, como visto, o período posterior à Segunda Guerra Mundial, outra mudança verificada foi no campo filosófico, ou seja, a mudança de paradigma interferindo na filosofia do direito. Para o referido autor, da convergência das duas correntes filosóficas anteriores, jusnaturalismo e positivismo, surgiu o pós-positivismo, tratando-se do marco filosófico do neoconstitucionalismo. Isso se deve porque, com o final da Segunda Guerra, ressurgiu aspectos axiológicos junto ao direito, de modo a ocasionar “[...] uma reaproximação entre o Direito e a filosofia” (BARROSO, 2005, p. 6).

Na verdade, enquanto o jusnaturalismo que se evidenciou em meados do século XVI trazia em seu cerne princípios universais e metafísicos como, por exemplo, a ideia de justiça

universalmente válida, o positivismo adentrou o final do século XIX em busca da cientificidade que faltou ao direito natural. O direito se atrela à lei, afastando o pensamento jurídico-metafísico e axiológico do jusnaturalismo (BARROSO, 2005 p. 5). Sobre sua influência no direito constitucional, Mascaro (2012, p. 36) afirma:

O direito constitucional como mecânica geral do direito e do Estado ganhará ares teóricos plenos no século XX. Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito e na Teoria Geral do Direito e do Estado, leva ao extremo o caráter mecânico das normas constitucionais. São estas as normas máximas do ordenamento jurídico, que ao mesmo tempo limitam as demais e constituem o próprio Estado. **Para Kelsen, cientificamente, os limites do Estado são os limites das normas jurídicas constitucionais** (grifo nosso).

Em seu livro *“Interpretação e Aplicação da Constituição”*, Barroso (2004) traça alguns parâmetros filosóficos gerais. Associa-se à ideia de jusnaturalismo um conjunto de valores inerentes ao homem e que transcendem o plano positivo das normas jurídicas. Os direitos naturais compõem uma ética superior que fundamentam sua própria validade e limitam o poder estatal.

A partir do século XVI, o jusnaturalismo moderno forma-se com a pretensão de avançar nas justificativas teleológicas e do dogma medieval que vigorava com grande influência religiosa. Prioriza-se a natureza, a razão e o conhecimento em face da fé. Com isso, o absolutismo começa a ser questionado. Aderindo-se ao iluminismo, o jusnaturalismo fundamentou a limitação do Poder Estatal e legitimou a ascensão da burguesia ao poder.

A defesa de direitos naturais inerentes ao homem impulsionou o liberalismo individualista, estando presente no constitucionalismo moderno, bem como nas revoluções e Cartas de direitos, como pode ser entendido:

[...] A Revolução Francesa e a sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) estão impregnadas de ideias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke, autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, na qual foi antecedido por Hobbes e sucedido por Rousseau. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória (BARROSO, 2004, p. 320).

O Estado liberal e a positivação de direitos em cartas constitucionais significaram, por um lado, o êxito e a queda do direito natural. Com a codificação do direito, [...] o jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo que celebrava o seu triunfo. Transpondo o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este.” (BOBBIO, 1986, p. 659 apud BARROSO, 2004, p. 321). Daí em diante, os direitos naturais foram sendo incorporados pelos ordenamentos. Surge, portanto, o positivismo jurídico.

Se o jusnaturalismo era considerado metafísico e anticientífico, o positivismo segue caminho oposto. Nada mais se fundamenta em questões naturais, a ciência passa a ser razão dominante, a validade do conhecimento está na sua cientificidade. Barroso (2004, p. 322) sintetiza as principais teses do positivismo filosófico que foi incorporado a seara jurídica:

- (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração;
- (ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos;
- (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

No mundo jurídico, o positivismo apresentou mudanças substanciais se comparado com o pensamento do direito natural, entre eles a separação entre moral e os valores metafísicos que dominavam o direito. Isso se deve a um objetivismo proposto pela ciência, bem como da intenção de se equipar o direito enquanto ciência, assim como as ciências exatas e biológicas. Prioriza-se o fato em vez do valor. O Direito é aquilo que está na norma, sendo essa fruto do Estado, dotada de imperatividade e força coativa, sem a presença de qualquer aspecto valorativo (BARROSO, 2004, p. 324).

O positivismo adentrou o século XX como a filosofia jurídica dominante. A existência do Direito se exauria na norma e, não por outro motivo, denominou-se Teoria Pura do Direito a obra de Hans Kelsen. O referido autor postulava “[...] o divórcio completo entre o mundo do ser (sein) e o mundo do dever ser (sollen) ao declarar total autonomia do Estado no processo de nomogênese e da coação [...]” e que, além disso, o positivismo de Kelsen pregava que “[...] não há qualquer baliza no conceito de ‘natureza humana’ ou de ‘justiça’, pois Kelsen [...] não admitia cientificidade para a Metafísica ou para a Ética, nem sequer consideradas ciências, pois não eram passíveis de comprovação experimental” (DE CICCIO, 2006, p. 298).

A juridicidade de um regime se resume na sua adequação à norma que o sustenta, ou seja, o positivismo valida-se por uma pureza epistemológica, em que a obediência a um governo baseado na lei vigente emanada por um órgão competente o torna legítimo (DE CICCIO, 2006, p. 299). De maneira bastante precisa Barroso (2004, p. 323) sintetiza as características centrais do positivismo jurídico:

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso, inexistindo lacunas; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.

É bem verdade que inúmeras são as críticas ao positivismo. Entretanto, é necessário apontar que, como afirma Moreira (2009, p. 441) que [...] o positivismo jurídico atrelado ao modelo piramidal permitiu o sucesso do constitucionalismo em geral e ao Tribunal Constitucional em especial [...]”. Rebate, também, a crítica atribuída à teoria kelseniana sobre ter permitido o nazismo, transferindo parte da culpa ao positivismo. A crítica se fundamenta no fato de Kelsen defender inclusive a independência de um Tribunal Constitucional, o que não ocorre na teoria defendida por Carl Smicht, que vinculava o Tribunal Constitucional ao Poder Executivo (MOREIRA, 2009, p. 442).

Não se pode deixar de mencionar que, com o término da segunda guerra, o debate acerca positivismo ganhou destaque com o Tribunal de Nuremberg, já que a fundamentação justamente alegou o estrito cumprimento da lei vigente para tonar legítimo o massacre provocado principalmente contra os judeus. Ora, se a acusação se baseava em condutas que não eram consideradas criminosas na legislação alemã e que inclusive promovia tais atos, pela lógica silogística não há crime algum. Por outro lado, o argumento condenatório buscou nas ideias jusnaturalistas “[...] o velho conceito de crime contra a natureza humana”. Houve, portanto, o renascimento de um pensamento jurídico que já era considerado superado até então (DE CICCIO, 2006, p. 299).

O século XX, portanto, se encerra com a retomada aos valores juntamente com o “[...] renascimento da filosofia do direito kantiana [...]”, em que a teoria do direito foi tendo sua grandeza diminuída, ganhando relevância na seara jurídica a “argumentação jurídica, a tópica jurídica, a hermenêutica filosófica e constitucional, a filosofia analítica aplicada ao direito e até a expansão dos direitos fundamentais [...]” e com uma reaproximação entre o direito e a moral (MOREIRA, 2009, p. 442). Da simbiose entre as teorias jusnaturalista e a positivista, surgiu aquilo que se convencionou chamar de pós-positivismo. Sobre o papel da filosofia do direito na pós-modernidade, Eduardo Bittar (2003, p. 8) afirma que:

Ao se enfrentar o tema da pós-modernidade, dar-se-á clara importância às diversas crises surgidas em seu contexto, bem como às crises que lhe ocasionaram o surgimento. A crise que mais de perto se estará a discutir é aquela referente à eficácia do direito, pois de nada mais adianta pensar-se no direito como regra de dever-ser (*Sollen*) isolada do ser (*Sein*), na medida em que a distância entre altiplanos das normas protetivas de direitos fundamentais da pessoa humana se encontram impossibilitadas de ser colocadas a serviço da maior parte da população, e na mesma medida em que as próprias políticas públicas se convertem em ações episódicas incapazes de perpetrar seus efeitos práticos, produtores de justiça social, sobre a vida do mais mortal dos homens. [...] Nesse sentido, imergir em direção à compreensão de como o direito se imiscui sobre a realidade, bem como de que modo a realidade afeta a construção do direito, representa um mergulho na compreensão da realidade entre ser e dever-ser, o que distancia a metodologia de investigação de

qualquer positivismo reducionista, ou de qualquer positivismo reducionista, ou de qualquer normativismo alienante, como o da filosofia de Hans Kelsen.

Com essa ideia de um direito centrado não apenas no plano da validade, o pós-positivismo é entendido como, conforme exposto, o marco filosófico do neoconstitucionalismo. A dicotomia que colocava de um lado o direito e a norma, e de outro a ética e a moral não mais atendia aos anseios sociais. Calsamiglia, citado por Barroso (2005, p.6) afirma que

[...] en un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política.

O pós-positivismo não é entendido como uma teoria inovadora, mas sim como um avanço daquilo que já foi vigente. Temas como justiça e legitimidade são reinseridos e o direito constitucional se aproxima mais da filosofia do direito, modificando a sua interpretação e reposicionando a Constituição para o centro do ordenamento, que passa a adotar cada vez mais a normatividade dos princípios (BARROSO, 2004, p. 326).

A terceira transformação ocorrida que culminou no constitucionalismo contemporâneo foi o marco teórico, que pode ser subdividido em três partes de acordo com Barroso: (i) a força normativa da Constituição; (ii) a nova interpretação constitucional e (iii) a expansão da jurisdição constitucional (BARROSO, 2005, p. 6). Essas três divisões do marco teórico se relacionam, pois a existência de uma Constituição rígida normalmente corresponde à existência de um Tribunal Constitucional que visa sua proteção e uma interpretação conforme.

Sarmiento (2009, p. 14) explica que, com o pós-Guerra, as constituições emergentes criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional, em que “[...] a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis”. Uma das principais características do Estado Constitucional de Direito é a rigidez constitucional. Para isso, sintetiza José Afonso da Silva (2015, p. 47):

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a constituição se coloca como vértice do sistema jurídico do país, a que confere

validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (grifos nossos).

A normatividade da Constituição foi uma das mudanças ocorridas no decorrer do século XX. A norma constitucional passa, portanto, a ter *status* de norma jurídica, dotada de imperatividade, obrigatoriedade, caráter vinculante e, sobretudo, meios para garantir a sua eficácia. E, além disso, o Judiciário passa a ser o guardião da efetivação do seu conteúdo, uma vez que é a norma fundamental de todo ordenamento jurídico. Por esse e outros motivos que Barroso menciona (2005, p.4), “[...] o surgimento de um sentimento constitucional [...]” e, com grande destaque, Konrad Hesse afirma ser a “vontade de Constituição” a maior garantia da força normativa da constituição que inclusive expõe que:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) (HESSE apud GOMES, 2008, p. 406).

A Constituição passa a carregar os anseios sociais e as esperanças democráticas até então conduzidas pelo formalismo legalista do positivismo, que entregou ao Poder Judiciário a tarefa de ser seu grande protagonista (GOMES, 2008, p. 399).

Não é por outro motivo que Barroso (2005, p. 28) resume que a Constituição se posiciona atualmente como núcleo de todo ordenamento jurídico, “[...] de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.” Observa-se, com isso, uma constitucionalização do direito que a norma fundamental encontra-se no ápice do ordenamento, o qual a ela deve estar em conformidade, e acrescenta Carbonell (2009, p. 202) ao dizer que:

[...] de acuerdo com Riccardo Guastini, por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.

Ora, se a irradiação do direito constitucional com a supremacia da constituição e o fortalecimento dos Tribunais Constitucionais levaram a uma constitucionalização do direito, inclusive o infraconstitucional, esses reflexos recaem também sobre a sua interpretação. É por isso que há quem defenda o surgimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional com o neoconstitucionalismo. Enquanto o positivismo enaltecia a regra, cuja interpretação era guiada pela subsunção, o pós-positivismo reinsere a normatividade dos princípios e a ponderação como forma de interpretação. (BARROSO, 2005, p. 10).

A hermenêutica constitucional baseada na teoria pós-positivista se apresenta como a tentativa de superação do positivismo. Para isso, é importante mencionar como era concebida a interpretação jurídica que prevaleceu no século XX. Norberto Bobbio em uma de suas obras mais célebres afirma que “[...] o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito [...]” (BOBBIO apud GOMES, p. 215). Inclusive, o próprio autor ilustra o jurista juspositivista como um robô e uma calculadora eletrônica, ou seja, o direito é analisado apenas pelo seu conteúdo normativo, não se inserindo preocupações de cunho ético-moral.

No que se refere à normatividade dos princípios, ganhou destaque a teoria de Ronald Dworkin defendida em sua obra “Levando os Direitos à Sério”, que se opunha ao positivismo de Herbert Hart. Enquanto a regra era a principal norma de todo o sistema jurídico positivista, o advento pós-positivista modifica tal concepção, tornando tanto o princípio como a regra duas subespécies do gênero norma. Dworkin citado por Sergio Gomes (2008, p.218) denomina “[...] princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” Porém, ele não foi o único:

Uma longa escola de teóricos pode ser elencada numa filiação similar à do neoconstitucionalismo. John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, no plano da filosofia do direito mais ampla, propõem leituras juspositivistas éticas. O direito, para Habermas, tem um papel fundamental de abrir e de firmar institucionalmente espaços de consensos, que possibilitam o incremento da democracia. Para essas teorias, assim sendo, os princípios jurídicos constitucionais são intrinsecamente valiosos (MASCARO, 2012, p. 43).

Os princípios, na perspectiva histórica, foram ganhando espaço e conquistaram *status* de norma jurídica. A respeito da divisão das normas em regras e princípios, Barroso (2004, p. 327) salienta que não há hierarquia entre elas, uma vez que ambas possuem o mesmo escopo

de garantir a unidade da Constituição. Contudo, “normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas as quais se dirigem.

Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema [...]”, em que, baseado na teoria de Dworkin, “[...] regras são proposições normativas aplicáveis sob forma de tudo ou nada (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos [...]” e, por outro lado, os “[...] princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir.”

Grande importância se dá à distinção apresentada por Robert Alexy (2015, p. 90) que trouxe o conceito de princípio como “mandamentos de otimização”, em que princípio e regra são duas espécies do conceito de norma. Explica que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Com a ascensão dos princípios, o método da subsunção não mais se adequou às suas especificidades. Por serem mais complexos e por se basear em valores que, muitas vezes, se opõem, a sua colisão tornou-se inevitável. O método para a solução da colisão, ora entre dois princípios, ora entre duas regras, é uma das principais formas de demonstrar que regras e princípios não são sinônimos. Gilmar Mendes e Paulo Branco (2013, p. 74) expõem que a solução entre as duas espécies de norma quando entram em conflito não é a mesma. No caso da regras, utilizar-se-á como método satisfativo os “[...] clássicos critérios de resolução de antinomia, o critério da hierarquia (que leva à invalidade da norma inferior), o critério cronológico e o critério da especialidade (justamente o que Alexy chama de cláusula de exceção).”

No caso dos princípios, quando conflituosos no caso concreto, há de se analisar qual o peso que cada um possui nesse caso determinado. Se vistos em seu aspecto abstrato, não haveria o que se falar em “pesos”, pois entre eles existe preferência se observados isoladamente (MENDES, 2013, p. 75). Alexy (2015, p. 94) vem dizer que, dependendo das condições apresentadas, um princípio precede ao outro e nisso se demonstra a existência de pesos entre os princípios, de modo a evidenciar que “conflitos entre regras ocorrem na

dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.

A observância dos pesos dos princípios em conflitos ficou conhecida como teoria do sopesamento, que, inclusive, foi amplamente utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Esta corte constitucional também ganhou destaque ao conceber as normas de direitos fundamentais como princípios. Acerca do que foi exposto, ressalta Barroso que:

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete (BARROSO, 2004, p. 327).

Retomando o pressuposto da constitucionalização do direito com base em uma Constituição fortalecida, vinculante e impregnada de conteúdo axiológico, a evolução da jurisdição constitucional e, portanto, o Poder Judiciário com um todo após 1945. Esse novo formato foi teve grande influência do constitucionalismo americano. Até então havia em grande parte dos países europeus uma hegemonia legislativa, sobretudo devido ao parlamentarismo inglês e ao constitucionalismo francês (BARROSO, 2005, p. 8).

Essa nova onda de constitucionalização e supremacia constitucional colocou nas mãos do Poder Judiciário a tarefa de proteção de direitos, com grande destaque aos direitos fundamentais guiados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Destacou-se a criação de tribunais constitucionais, sendo estes encarregados de realizar o controle de constitucionalidade das leis, tornando nítida a supremacia da Constituição (BARROSO, 2005, p. 8). Dentre algumas das características do pensamento jurídico contemporâneo, Fredie Didier Jr. (2016, p.43) menciona que notou-se a:

Transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhante.

Em linhas gerais, o neoconstitucionalismo ressaltou a função do Poder Judiciário. A noção de um Constituição fortalecida e com mecanismos eficazes para sua proteção nem sempre foi uma realidade. Antes do final do século XIX, observou-se um momento de inércia constitucional, que só foi reacendido com a crise do Estado liberal. É bem verdade que a decadência do absolutismo foi uma realidade, entretanto, a adesão ao modelo parlamentar,

que constituiu numa aproximação entre o Legislativo e o Executivo debilitou a concepção da separação de Poderes enquanto forma de se tutelar as liberdades (MENDES, 2013, p. 47)

Foi basicamente nesse contexto, que abrangeu as duas guerras mundiais, que se oportunizou a inserção das teorias de Hans Kelsen e Carl Schmitt, elevando a Constituição ao topo da ordem vigente, e afastando-a de toda abstração ética e moral. Como é sabido, esse modelo jurídico-filosófico entrou em declínio, principalmente com as consequências da Segunda Guerra Mundial, Gilmar Mendes Ferreira (2013, p. 47) complementa que:

Terminado o conflito, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíram do trauma dos regimes ditatoriais buscaram proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz. **O Parlamento, que se revelara débil diante da escalada contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então. A Justiça Constitucional, em que se viam escassos motivos de perigo para a democracia, passou a ser o instrumento de proteção da Constituição-** que, agora, logra desfrutar de efetiva força de norma superior do ordenamento jurídico, resguardada por mecanismo jurídico de censura dos atos que a desrespeitem (grifo nosso).

Nesse liame, percebeu-se que a mera inserção de um rol de direitos fundamentais em um texto constitucional não era garantia de sua proteção. A jurisdição constitucional ganhou destaque no pós-guerra com a criação e ampliação das Cortes Constitucionais, em que acrescenta Sarmiento (2009, p. 25) que a jurisdição é o “espaço privilegiado para a realização da vontade constitucional.” Por isso, inclusive, expõe Walber Agra (2012, p. 27) que:

Os direitos fundamentais se configuram como os mais importantes elementos para a configuração do neoconstitucionalismo. Quando o processo de expansão da atuação da jurisdição constitucional se ampara sobre seus fundamentos, até mesmo as decisões que incidem em controversas searas políticas encontram respaldo na sociedade, desempenhando o órgão que exerce a jurisdição constitucional um papel de guardião dos direitos agasalhados pela Constituição.

O Poder Judiciário ganhou uma relevante importância política. “De poder quase 'nulo', mera 'boca que pronuncia as palavras da lei', como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desempenho institucional do Estado contemporâneo” (SARMENTO, 2009, p. 16), de modo a chamar para si a responsabilidade de solucionar, cada vez com mais frequência, assuntos complexos e de elevada relevância social, sobretudo as cortes constitucionais, que por muito são as que dão a palavra final à questão.

1.3.1 Críticas ao neoconstitucionalismo

Não é unânime a defesa da existência de um movimento constitucional, cuja conjuntura convencionou-se chamar de neoconstitucionalismo. A controvérsia reside, desde a nomenclatura até a semântica que pressupõe um “novo” constitucionalismo. Da mesma forma, é forte as críticas sobre a sua incorporação no Brasil. Sarmiento (2009, p. 33) sintetiza algumas das críticas:

(a) a de que o seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo [...].”

Dentre essas críticas, há quem defenda o viés antidemocrático do neoconstitucionalismo devido à sua perspectiva emancipatória do Judiciário, pois não há nenhuma legitimação popular aos juízes, uma vez que a eles permite-se a modificação no texto constitucional.

Na verdade, o cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício, dos revolucionários franceses do século XVIII, passando por Carl Schmitt, na República de Weimar, até os adeptos do constitucionalismo popular nos Estados Unidos de hoje (SARMENTO, 2009, p.34).

Há quem vá além ao defender, por exemplo, que o neoconstitucionalismo nem se adequa como uma teoria pós-positivista. Georges Abboud e Rafael Tomaz Oliveira (2015) explicam que muito foram os autores que receberam a rotulação de neoconstitucionalistas, a exemplo de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e Luigi Ferrajoli. Contudo, publicações mais recentes demonstram uma releitura crítica por parte de alguns acerca de tal corrente jurídico-filosófica.

Dentre eles, Ferrajoli chega a mencionar que essa busca por uma teoria jurídica sobre o constitucionalismo contemporâneo culminou na criação de dois modelos que possuem conceitos diversos, sendo eles o constitucionalismo principialista e o constitucionalismo garantista. O primeiro se adere a posicionamentos que convergem o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, compartilhando “[...] da ideia de que a novidade representada pela juridicidade das Constituições do Pós-Guerra deve ser entendida como uma **superação do**

positivismo jurídico” (ABBOUD; OLIVEIRA, 2015, p. 199, grifo nosso), ou seja, a dicotomia existente entre direito e moral, a unicidade de um direito baseado em regras, de modo a se estabelecer a introdução privilegiada dos princípios no que tange a estruturação jurídica.

Por outro lado, Ferrajoli denomina (e defende) a novidade desse movimento constitucionalista vivido “[...] pelas democracias do segundo Pós-Guerra só pode ser apreendido em sua plenitude se ele for entendido como um **aperfeiçoamento do positivismo jurídico**” e que se destaca, nesse contexto, há a convergência do positivismo e da democracia, de forma que “[...] o melhoramento que esse novo modelo constitucional agregou ao positivismo foi o fato de que os dispositivos guardadores de direitos fundamentais passaram a possibilitar uma submissão conteudística por parte dos demais poderes – inclusive a legislação – à Constituição [...]” (ABBOUD; OLIVEIRA; 2015, p. 200).

Nesse ínterim, a crítica se fundamenta em três perspectivas, sendo sobre a defesa de um neoconstitucionalismo “antiformalista” devido à oposição ao positivismo; a “supremacia funcional” e da separação de poderes; e a classificação do neoconstitucionalismo como modelo epistemológico pós-positivista. Sobre o anseio de se superar o formalismo positivista, “[...] o período do entre guerras caracteriza-se muito mais por possibilitar, principalmente no caso da Alemanha, a experiência de teses libertárias e antiformalistas do que, propriamente, formalistas [...]” e que, inclusive, “[...] os juristas do nacional-socialismo aderiram, em um primeiro momento, às teses libertárias, e não à ideia de defesa da legalidade ou de supremacia do parlamento [...]” (ABBOUD; OLIVEIRA; 2015, p. 203).

Além disso, é recorrente o entendimento de que houve a descoberta das características da jurisdição americana, influenciando em uma supremacia judicial. “[...] A questão atinente à 'descoberta' da supremacia judicial pelas democracias europeias do segundo pós-guerra devem ser encaradas mais como um movimento da dinâmica de separação de poderes do que, propriamente, como um fator de 'libertação' do poder judiciário” (ABBOUD; OLIVEIRA; 2015, p. 204). O significado de separação de poderes é, sobretudo, dinâmico e, por isso, sofre alterações constantemente. Entretanto, desse conceito é permanente “[...] a ideia de limitação do poder, classicamente presente na fórmula de Montesquieu a respeito do 'poder que controla o poder'.” Conclui-se, com isso, que “[...] o conceito que nos orienta na análise da separação de poderes é o de limitação efetiva do poder político e não a velha tentativa de análise que se apoia na configuração tripartite” (ABBOUD; OLIVEIRA; 2015, p. 204).

É evidente que essa nova estrutura dos textos constitucionais influenciou mudanças na atuação das Cortes Constitucionais, principalmente com a inserção dos princípios e dos direitos fundamentais, bem como a sua normatividade, além da missão de fazer valer o que nele está escrito. Enquanto muitos autores enunciam que esse novo paradigma denominou-se como pós-positivismo e fundamentou o neoconstitucionalismo, Abboud e Oliveira (2015, p. 206) discordam ao afirmar que não se confunde neoconstitucionalismo com pós-positivismo.

Por conseguinte, não se pode considerar determinada teorização como pós-positivista se esta ainda empregar um conceito de norma de caráter semântico de formato kelseniano – como acontece com Robert Alexy, por exemplo – que confunde, de alguma maneira, o texto normativo com a própria norma. Ademais, tal confusão redundaria numa apropriação em sentido subjetivo da base kantiana, que representa a da matriz do próprio pensamento positivista.

Por esse e outros motivos, segue-se o entendimento que o neoconstitucionalismo brasileiro se identifica mais com a chamada Jurisprudência dos Valores do que com o protótipo pós-positivista. Pode-se traçar como entendimento que a Jurisprudência de Valores “[...] possui uma dimensão filosófica que objetiva auxiliar o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito levado a sua apreciação.” Além disso, “[...]tem por objeto principal de sua análise a jurisprudência oriunda das decisões das Cortes Superiores, diferentemente da Jurisprudência dos Interesses que tinha suas atenções destinadas à atividade do Poder Legislativo” (ABBOUD; OLIVEIRA; 2015, p. 208).

Nesse liame, é peculiar que, ademais, a término da segunda grande guerra é a referência histórica para tal teoria, principalmente por simbolizar a formação “[...] de uma nova ordem, social, política e jurídica, é o início do fenômeno denominado por Mario Losano de direito pós-bélico” (ABBOUD; OLIVEIRA; 2015, p. 208). Dentre as mudanças que foram verificadas, pelo ponto de vista jurídico, “[...] a principal mudança operada pelo fim do período bélico é, certamente, o novo papel desempenhado pelas Constituições e um remapeamento global do direito público em face da força normativa dos direitos fundamentais” (ABBOUD; OLIVEIRA; 2015, p. 208).

Evidencia-se que o contexto pós-1945 que se encontrou a Europa causou impacto jurídico no sentido de que cabia, principalmente aos Tribunais Constituições, observar que a questão da legitimidade da lei não se exauria com um procedimento legislativo adequado, “[...] ou seja, nem todo conteúdo, ainda que em consonância com o regular trâmite do processo legislativo, poderia ser considerado direito” (ABBOUD; OLIVEIRA; 2015, p. 209).

No que se refere à recorrente expressão constitucionalização do direito em que, a existência de um Constituição invasora pressupõe que todo o ordenamento, até mesmo o infraconstitucional, não escapa dos valores erigidos por essa nova estruturação constitucional.

Isso se dá pela grande quantidade de princípios e por sua aplicação por meio da ponderação. A esse respeito, Abboud e Oliveira (2015, p. 209) destacam que:

Em regra, a doutrina Brasileira tem confundido a introdução de valores no ordenamento com o paradigma pós-positivista. De modo que bastaria argumentar com base em direitos fundamentais, valores, princípios jurídicos ou direitos fundamentais para, automaticamente, situar-se perante o paradigma pós-positivista. Na verdade, do ponto de vista paradigmático, nem se poderia optar pela chamada constitucionalização. Vale dizer: não há uma escolha ao jurista, seja em teoria ou na prática, em trabalhar ou não com a Constituição. Ela tem plena normatividade. Analisar os institutos jurídicos perante o prisma constitucional é tarefa obrigatória e não mera opção por paradigma teórico. Por exemplo, pode-se optar em utilizar Hart ou Dworkin como referencial teórico, todavia, não se permite escolher entre trabalhar os institutos jurídicos à luz ou não da Constituição. Isso porque o texto constitucional, desde sempre, se impõe.

O perigo se aloca no fato de essa inserção ocorrer com uma adaptação abstrata, sem se perceber as realidades em que estão situadas, ora em território europeu, ora em solo brasileiro, principalmente em face da legalidade aqui vigente. Nesse contexto, preleciona Friedrich Müller quando diz que:

Tal procedimento (a ponderação) não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfazíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturante da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que consequentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (Urteilsvirbehalt) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistema de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas (MÜLLER apud ABBOUD, 2015, p. 210).

Dentre as críticas expostas, afirma-se que, embora grande parte dos autores relacionem o neoconstitucionalismo como uma concepção epistemológica basicamente pós-positivista, há quem fundamente que o neoconstitucionalismo se equipara mais a uma teoria anti-positivista (ABBOUD; OLIVEIRA; 2015, p. 212).

Dimitri Dimoulis (2008, p. 3), além de alegar que o termo neoconstitucionalismo é controvertido, expõe que seu significado não é nítido, o qual parte de um crítica baseada nos pressupostos mais divulgados, como a força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional, e a nova interpretação constitucional. Partindo da ideia de que o neoconstitucionalismo trouxe o reconhecimento da força normativa da Constituição no pós-guerra, Dimitri retoma a Sieyès que, já em 1793 afirmava que “uma Constituição é um corpo de leis obrigatórias ou não é nada. Da mesma forma, François Guizot, em 1833, reconhecia a

normatividade do texto constitucional ao fundar o Direito Constitucional como cátedra na Faculdade de Paris” (DIMOULIS, 2008, p. 4). E ainda complementa que:

Podemos dizer que Sieyès (1748–1836) e Guizot (1787–1874), ambos nascidos no século XVIII e partidários da supremacia e plena juridicidade da Constituição, seriam adeptos de um neoconstitucionalismo *avant la lettre*? Em paralelo, as Constituições rígidas nunca foram pensadas como simples repositórios de dispositivos formalmente superiores, como acreditam os partidários do neoconstitucionalismo, alegando que só tivemos a “materialização” das Constituições e a introdução de valores em seu texto após a Segunda Guerra Mundial. A Constituição sempre foi pensada como decorrência e expressão de um projeto político que objetivava garantir, na maioria dos casos, sistemas capitalistas em sua versão liberal e instaurando a democracia representativa. Nesse sentido, as Constituições sempre foram materiais e carregadas de valores (*wertgeladen*). Justamente por isso, os projetos constitucionais nascem no seio de movimentos políticos – e não em gabinetes de burocratas e formalistas. (DIMOULIS, 2008, p. 4).

Com esse entendimento de que sempre houve a ideia de supremacia das Constituições, rebate a tese da primazia da Poder Legislativo nos séculos XVIII e XIX, pois, no bojo do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário avocou “[...] um papel particularmente ativo em defesa da supremacia constitucional e da tutela dos direitos fundamentais, fiscalizando, contrariando e mesmo anulando decisões dos demais poderes” (DIMOULIS, 2008, p. 5).

Não é incomum, portanto, que já em 1803 o Estados Unidos já aplicava um modelo de controle judicial de constitucionalidade que ganhou destaque no caso *Marbury v. Madson* que, embora difuso, tal controle produzia efeitos *erga omnes* e vinculantes, enquanto na Europa já havia o afastamento de leis inconstitucionais pelo Poder Judiciário no século XIX na Grécia, na Noruega e na Suíça, por exemplo. Sobre isso, questiona o autor:

Se a tradição judicial de fiscalização e de efetivo afastamento de leis inconstitucionais se verificou no século XIX não só nos EUA, mas também em vários países europeus, como se pode afirmar que a Constituição era, naquele período, um simples documento político à mercê da boa (ou má) vontade dos legisladores? (DIMOULIS, 2008, p. 6)

Sintetiza dizendo que, a respeito do controle judicial de constitucionalidade, evidenciou-se uma “[...] expansão qualitativa e adquiriu popularidade após a Segunda Guerra Mundial. Mas essa mudança quantitativa não permite alegar que a força jurídico–normativa da Constituição só foi reconhecida a partir da Segunda Guerra Mundial” (DIMOULIS, 2008, p. 7).

Sobre a expansão da jurisdição constitucional, menciona que, se a guarda da Constituição, uma vez entregue Legislativo pode gerar atos abusivos, a sua entrega nas mãos do Judiciário não pode ser vista como uma garantia inviolável de seus preceitos, e conclui que:

Isso indica que, do ponto de vista histórico–cronológico, não há rupturas na realização do controle de constitucionalidade nos Estados constitucionais modernos. Verifica-se tão somente a tendência quantitativa de fortalecimento do controle judicial concentrado em detrimento do controle difuso e diminuindo o espaço reservado ao legislador. Podemos assim concluir que nem o controle judicial concentrado nem a maior tutela dos direitos fundamentais (e muito menos a conexão causal desses dois elementos) podem ser vistos como traços peculiares do neoconstitucionalismo (DIMOULIS, 2008, p. 10).

Adentrando na ideia da nova interpretação constitucional, principalmente no caso brasileiro, trata-se, também, de uma propensão mais qualitativa do que inovadora. Não se pode olvidar que o próprio Kelsen escreveu que “[...] a criação de uma norma individual mediante execução da lei é, na medida em que preenche o quadro da norma geral, uma função de vontade (Willensfunktion) [...]” (KELSEN apud DIMOULIS, 2008, p. 12), atribuindo, no que tange à interpretação constitucional, a função criativa do juiz. Tanto não é uma inovação que é possível encontrar críticas ao método da subsunção já em meados no século XIX, conforme demonstra Dimoulis (2008, p. 12):

Mais especificamente, no período do constitucionalismo, encontramos no século XIX críticas contra a aplicação mecânica, literal, automática ou “subsuntiva” de leis supostamente claras, e muitos juristas insistem no papel criativo do aplicador e, particularmente, do juiz. Basta pensar nas notórias publicações de autores como Oskar Bülow (1837–1907) na Alemanha, François Gény (1861–1959) na França ou Eugen Ehrlich³² (1862–1922) na Áustria para entender que não há a menor novidade na interpretação aberta e principiológica da Constituição.

Sem dúvida alguma, trata-se de um tema controvertido que apresenta inúmeras vertentes e vários posicionamentos. Enquanto alguns defendem que o neoconstitucionalismo enquadra-se em uma nova corrente do movimento constitucionalista contemporâneo, motivado pelo término da Segunda Guerra Mundial, outros acreditam que se trata de um aperfeiçoamento natural do próprio constitucionalismo, pois as práticas que nele se empregam já se faziam presentes no decorrer da história.

Carbonell (2009) tenta responder a questão do que há de novo no neoconstitucionalismo. O autor concorda com o fato de que há vários estudiosos que afirmam já existir os três elementos que acredita caracterizar o constitucionalismo vigente no século XX, sendo eles a existência de textos constitucionais, o aumento das práticas jurisprudenciais e o desenvolvimento teórico. Entretanto, apesar de compreender a existência pretérita de tais elementos “[...] *lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo XXI es el conjunto, la combinación de los tres elementos [...]*”, (CARBONELL, 2009, p. 202). bem como os efeitos desse momento do Estado Constitucional de Direito em funcionamento.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

2.1 Alguns aspectos hermenêuticos

A jurisdição constitucional ganhou ênfase, sobretudo pelo seu caráter indissociável com a rigidez que as Constituições modernas passaram a adotar. A supremacia constitucional deu à jurisdição uma posição superior, a qual vem transcrita de forma expressa ou deduzível pelo aspecto formal ou pelas próprias incumbências de guardião da Constituição e de solucionar conflitos normativos que atentem contra seu texto. Entretanto, ressalva Ramos (2015, p. 27) que, em se tratando do controle de constitucionalidade “[...] dos atos emanados do Poder Legislativo ou do Poder Executivo não é atividade que se possa exercer com total liberdade, pois a própria missão que lhe é assinalada (a preservação da Constituição) já aponta para a existência de limites.”

A noção de limites à atividade exercida pela jurisdição constitucional leva à necessidade de se abordar à temática dos limites da interpretação constitucional. Além disso, também é atinente à ideia desses limites que os operadores do direito devem observar na seu exercício jurídico ao princípio da separação de Poderes, uma vez que é sob essa égide que se tem a estruturação dos textos constitucionais atualmente (RAMOS, 2015, p. 35).

Como já foi exposto, surgiu recentemente o questionamento acerca da suposta superação do positivismo e, com isso, o nascimento de uma nova hermenêutica com fulcro nos direitos fundamentais. Para tanto, vale lembrar que, nas palavras de Norberto Bobbio, o direito, visto como fato social “[...] deriva uma particular teoria da validade do direito, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal [...], prescindindo do seu conteúdo” (BOBBIO apud RAMOS, 2015, p. 38).

Partindo da premissa de que o positivismo surgiu em um contexto de abandono ao modelo jusnaturalista, Elival da Silva Ramos (2015) questiona a visão contemporânea de superação do modelo positivista frente ao denominado pós-positivismo. Para o autor, não há que se falar em superação, pois o positivismo encontra-se como alicerce de todas as vertentes doutrinárias, inclusive na própria Teoria da Interpretação. Fundamenta, inclusive, ao mencionar que “como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito”. Isto posto, complementa que, se afastado o

método positivista “[...] não se fará ciência, mas filosofia ou ideologia do direito” (BOBBIO apud RAMOS, 2015, p. 39)

Acerca da mudança ocorrida no pós-guerra no que tange à substituição da centralidade da lei para a Constituição, bem como da concretização da sistemática do controle de constitucionalidade na Europa, Ramos (2015) afirma que não houve uma descaracterização do positivismo. Tal argumento vem embasado no fato de que um dos pressupostos do modelo positivismo adentra à questão das fontes do direito, em que há, para os positivistas, um predomínio da legislação em detrimento de outras fontes, entre elas a jurisprudência e o costume (RAMOS, 2015, p. 40). Sobre isso, explica que:

Quanto ao [...] ‘legalismo positivista’, já restou esclarecido que **não é característica elementar do positivismo jurídico a afirmação da primazia da lei, em sentido formal, sobre as demais fontes do direito.** Antes, se deve apontar como um postulado positivista o predomínio das fontes estatais do direito, com o que se deveria aludir a um “estatismo positivista”, ainda assim com a nota de que certos autores, como Kelsen, subordinam o ordenamento interno ao direito internacional público, parte dele oriundo da prática dos Estados e organizações internacionais e não da vontade dos Estados propriamente dita. **Incidem, pois, em rematado equívoco os autores nacionais, usualmente adeptos do “neoconstitucionalismo”, que afirmam estar superada a concepção positivista de fontes do direito por situar a lei (formal) no ápice da hierarquia sistêmica.** A suplantação da lei pela Constituição, no plano das fontes do direito (interno), dando ensejo ao chamado Estado Constitucional de Direito, em nada afetou a Dogmática positivista, por não dizer respeito a um elemento essencial e sim meramente acidental ou conjuntural dessa vertente teórica, presente na obra de autores europeu que produziram trabalhos anteriormente à consolidação da jurisdição constitucional na Europa, em meados do século passado. **Tanto é assim que Hans Kelsen, um dos mais representativos juristas filiados ao positivismo, posicionou a Constituição, e não a lei, no topo de sua pirâmide hierárquica,** desconsiderado o pressuposto lógico-transcendental da norma fundamental (RAMOS, 2015, p. 60, grifos nossos).

Cabe mencionar que o positivismo também sofreu críticas, em que se destacam duas correntes: uma de cunho sociológico e outra filosófico, sendo a primeira denominada realismo jurídico, e a outra moralismo jurídico. Tais correntes possuem grande influência na Teoria do Direito e, portanto, na interpretação e aplicação do próprio Direito. O realismo jurídico, com grande alcance nos Estados Unidos, sobretudo no século XX. Em um típico país de tradição jurídica enraizada no *common law*, o realismo destoa do positivismo pois, “[...] a fonte do direito por excelência passa a ser a jurisprudência, consubstanciando as decisões judiciais, enquanto fatos normativos primários, o objeto central da Dogmática, restando em segundo plano os atos legislativos e as construções doutrinárias” (RAMOS, 2015, p. 49).

Há, portanto, uma estruturação completamente distinta daquela seguida pelo positivismo estrito, trazendo à evidência o papel das decisões judiciais para solução de conflitos. Já o moralismo jurídico, que, por vezes se fundamenta no antipositivismo ético,

propõe a convergência entre o direito e a moral, o que, por sua vez, não significa a retomada da corrente jusnaturalista (RAMOS, 2015, p. 51).

A importância do moralismo jurídico, no que tange à jurisdição constitucional, estabelece-se pela aplicação do mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, principalmente na Alemanha com o advento da Lei Fundamental de Bonn. Isso se deve por um retorno da ordem objetiva de valores com fulcro no texto constitucional como forma de proteção do próprio sistema democrático. Ramos (2015, p. 52) complementa:

Habermas é peremptório ao afirmar que “para o Tribunal Constitucional Federal, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha não constitui um sistema de regras estruturado através de princípios, mas uma ‘ordem concreta de valores’. [...] Essa mesma concepção, qual seja, a da existência de uma ordem de valores externa que serve de referência ao direito positivo está implícita na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, pois, muito embora tenha tido o cuidado de precisar que os direitos fundamentais sempre emanam de normas jurídicas (positivas), sejam elas princípios ou regras, essas normas são por ele equiparadas a valores, compondo um quadro de preferências dotado de um mínimo de objetividade e que, como tal, se impõe ao próprio Constituinte originário.

Elival da Silva Ramos (2015) ainda rebate a tese usualmente defendida por juristas brasileiros de que o positivismo prega uma completa dissociação entre elementos fáticos e axiológicos (valor) no que concerne ao fenômeno jurídico, o que fazem baseando-se quase que exclusivamente na obra de Kelsen. Menciona, inclusive, que o professor Miguel Reale (2003, p. 417) nega essa completa separação entre fato e valor na teoria positivista kelseniana. Vejamos:

Se o elemento fático adquire maior relevo na concepção atual de Kelsen, embora vigência e eficácia continuem sendo categorias relativas a distintos fenômenos, sem uma plena e real conexão dinâmica e histórica, não há dúvida que o elemento axiológico ainda se conserva subentendido ou até mesmo absorvido pelo momento lógico-normativo. Pretende o jurista austríaco manter-se alheio a qualquer ideologia, a qualquer pressuposto metafísico, transcendente ou jusnaturalista, mas a verdade é que todo o sistema obedece à inspiração de um relativismo estimativo que consagra a equivalência de todos os valores.

A questão hermenêutica ganhou destaque no século XX juntamente com o suposto fortalecimento da jurisdição constitucional, principalmente no pós-guerra. Barroso (2015) defende essa teoria, o qual, conforme já mencionado, intitula de marco histórico do neoconstitucionalismo. Para o autor, predominava em solo europeu, antes da segunda guerra, “[...] um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral” (BARROSO, 2015, p. 285). A partir de meados do século XX, “[...] a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição.” (BARROSO, 2015, p. 285).

Nesse cenário, os textos constitucionais encontram-se impregnados de direitos fundamentais, os quais foram colocados nas mãos do Judiciário para protegê-los de qualquer tipo de violação. O controle de constitucionalidade, bem como a criação de tribunais constitucionais, passou a ser uma realidade cada vez mais sólida na Europa continental (BARROSO, 2015, p. 286). O que muitos denominam de expansão da jurisdição constitucional foi resultado de significativos momentos históricos que influenciaram na questão hermenêutica constitucional, uma vez que o princípio da supremacia da constituição traçava premissas que influenciava todo o ordenamento jurídico.

Nos Estados Unidos, o realismo jurídico influenciou no desenvolvimento do sociologismo jurídico que, em síntese, apregoava a jurisprudência o status de fonte primária do direito. Não se deve, contudo, afirmar que o realismo jurídico defende um afastamento das fontes formais do direito. Ramos (2015, p. 77) explica que “[...] a lei, os costumes e os precedentes judiciais são considerados na sua condição de fatos sociais e, desse modo, situados no conjunto das fontes materiais. O direito vigente propriamente dito somente aflora após a concretização da norma de decisão pelo juiz.”

O realismo jurídico propõe uma visão cética do contexto jurídico “[...] por não acreditar na existência de norma jurídica antes da decisão judicial criativa e por, conseqüentemente, tornar desnecessária ou sem importância a sua exegese” (RAMOS, 2015, p. 77). Esse e outros fatores, em relação à Teoria da Interpretação e ao exercício jurisdicional, contribuíram para uma “interpretação-aplicação [...] percebida como uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa, consistindo no ‘conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribui para produzir’” (RAMOS, 2015, p. 85). A partir de então, incluir na jurisdição uma função também criativa não soa mais contraditório.

Essa contradição entre atividade jurisdicional e atividade criativa era vista principalmente em razão da estruturação dos Poderes, uma vez que o princípio da separação de Poderes, em sua origem francesa, não foi seguido à risca no modelo empregado no Estado constitucional de Direito atual. Na França do início do século XIX, já se concretizava um positivismo baseado em fontes estatais, colocando os costumes, a jurisprudência e a doutrina em um plano secundário. Nesse contexto:

O esquema da organização dos Poderes estatais, conhecido como teoria da separação de Poderes, de feições nitidamente legiscêntricas, refletia o predomínio do Poder Legislativo, exatamente porque a lei “que dele provém é a pauta a que se devem ajustar quer o Executivo, quer o Judiciário”. No arranjo institucional proposto pelo Barão de Brède e de Montesquieu a participação política era toda ela canalizada para uma das Câmaras de representantes (a Câmara Baixa), porquanto a outra (Câmara Alta) constituía um Senado de perfil aristocrático, composto por membros vitalícios provenientes da nobreza, restando o Poder Executivo nas mãos do monarca. Ao

Poder Judiciário se conferiu a tarefa da aplicação da lei aos casos concretos, cuidando-se para que tal mister fosse exercido do modo mais neutro possível em relação às opções políticas do legislador, que deveriam ser cega e mecanicamente implementadas pelos magistrados (RAMOS, 2015, p. 69)

Por um paradigma comparativo, portanto, o modelo concebido por Montesquieu em que o Judiciário era tido como um poder “invisível e nulo” não parece se adequar ao modelo defendido, anos depois, pelos seguidores do realismo jurídico, exatamente no que se denomina “atividade criativa” do Poder Judiciário. “Recusava-se ao Poder Judiciário a possibilidade de contribuir para a criação do direito, devendo os magistrados [...] se ater à estrita concretização da vontade do legislador” (RAMOS, 2015, p. 71). Entretanto, essa perspectiva de subsunção mecânica chegou a ser questionada pelos próprios defensores do positivismo e, dentre eles, o próprio Kelsen. É importante destacar que Kelsen, ao tecer tais críticas, não as fez para valorizar a atuação interpretativa do magistrado, mas as fez com o intuito de aproximar aquele que aplica daquele que cria a lei.

No âmbito do próprio pensamento positivista, não demorou a cair por terra a caracterização da atividade exegética como simples reprodução ou explicitação de proposições já contidas no texto legal, reconhecendo-se o sopro criativo da jurisprudência. E quem o fez, de modo inequívoco, foi nada menos do que Hans Kelsen, talvez o jurista que melhor simbolize o positivismo jurídico, em face da ampla divulgação e aceitação de sua obra. Pois bem, o autor da *Teoria pura do direito* formulou ácida crítica à tese da subsunção automática, ao dizer que “a ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma autoilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação”. E prossegue afirmando com todas as letras que **a criatividade é inerente ao processo de interpretação-aplicação de normas jurídicas** (RAMOS, 2015, p. 73, grifos nossos).

É devida a reflexão acerca da atividade interpretativa do aplicador face à existência de normas de caráter mais fluido. Isso se deve porque, verifica-se com mais frequência Constituições com conteúdo tanto de normas constitucionais do tipo regra, como também existe também normas-princípio. Inclusive, é evidente que a existência de normas-princípio, uma vez que cada vez mais presentes no cenário jurídico-constitucional, influenciaria tanto o modo de interpretar, como o modo de se aplicar o direito. Ramos (2015, p. 87) sintetiza que:

A atuação ativa do intérprete-aplicador na concretização dos princípios constitucionais fica evidenciada com a importância que a Teoria da Argumentação vem assumindo no âmbito da Teoria do Direito, em boa medida a partir do trabalho desenvolvido pelas Cortes Constitucionais.

Partindo da premissa de que a questão da supremacia do Parlamento vigorou por muito tempo na Europa, Kelsen já antecipou em seu pensamento a problemática que a existência de Constituições repletas de normas-princípios viria a gerar entre o Parlamento e o Tribunal Constitucional, de modo a comprometer a admissão da própria jurisdição

constitucional. Por esse motivo, o autor austríaco defende um “[...] modelo de Constituições organizatórias e procedimentais, que resultasse em um exercício de fiscalização de constitucionalidade que privilegiasse o aspecto formal do fenômeno da inconstitucionalidade legislativa” (RAMOS, 2015, p. 88).

O que se verificou como consequência da inserção de normas constitucionais carregadas de princípios, no bojo do constitucionalismo social democrático, foi a acentuação do exercício criativo da jurisdição. Ramos (2015, p. 88) finaliza ao dizer que “a conclusão inexorável é a de que a Teoria da Interpretação positivista [...] não se revelou adequada à tarefa de concretização das Constituições de princípios.”

O pós-guerra caracterizou-se pela dialética entre a tradição da hegemonia do Parlamento e a atuação cada vez mais forte de Cortes Constitucionais, em virtude da adoção de Constituições rígidas. A grande questão que foi posta se referia não apenas ao exercício da jurisdição constitucional em nome da supremacia da Constituição, mas, sobretudo, em relação a quais seriam os seus limites de atuação circunscritos pela separação de Poderes. Portanto, não há como se falar em ativismo judicial sem antes, ao menos superficialmente, abordar a temática da jurisdição constitucional.

2.2 Jurisdição constitucional

A ideia de supremacia legal significou, na França pós-revolucionária, a defesa de um ideal democrático. Isso se deve, sobretudo, porque a retirada do poder das mãos do monarca fez surgir uma concepção de soberania popular. A exclusividade da lei como fonte precípua de direitos, além de fundar-se na racionalidade, transpassava segurança jurídica, destacando-se o pensamento de Kant e de Rousseau (TAVARES, 2005, p.32).

Nesse contexto, o Poder Judiciário localizava-se em um segundo plano, com função predominantemente mecânica. Tavares (2005, p, 38) ensina que “aos juízes e aos demais operadores do Direito não era reconhecida qualquer legitimidade em eventual atuação normativa: apenas a lei poderia desempenhar essa função.” Aliás, a atividade interpretativa não pertencia aos juízes na aplicação da lei, mas aos próprios legisladores, conforme menciona Tavares ao transcrever trecho do art. 12, do título II da lei francesa de 1790 que dizia “[...] não poderão fazer regulamentos, mas se dirigirão ao corpo legislativo sempre que seja necessário interpretar uma lei ou fazer uma nova [...]” (TREMPS apud TAVARES, 2005, p. 39).

Pode-se dizer que vigora uma concepção drástica de separação de Poderes, sendo que a supremacia da lei era garantida pelo denominado Tribunal de Cassação. Fruto da Revolução Francesa, o Corte de Cassação era um órgão de assessoramento do Legislativo, o qual era incumbido de garantir a máxima eficácia da lei respaldada na vontade de quem a criou. Sobre uma possível comparação entre o Tribunal de Cassação e o controle de constitucionalidade, Tavares cita Cappelletti (2005, p. 41) que explica:

O primeiro instituto é, por assim dizer, a incorporação da ideia mais radical de separação de poderes, onde “a lei é a lei” e não aquilo que os juízes imaginam ser a lei. O segundo instituto supõe, ao contrário, que seja confiado aos órgãos judiciários não somente a tarefa de interpretar, inclusive, além da lei escrita, o verdadeiro sentido da lei, mas definitivamente a tarefa de julgar a validade das leis, ou seja, sua correspondência a uma norma superior às próprias leis.

Entretanto, o estado legislativo entra em crise, principalmente em virtude da explosão legislativa observada, o que acarretou na desconfiança do parlamento, uma vez que não se observava uma crise da lei, mas uma crise do parlamento. Tavares (2005, p. 43) cita alguns fatos atinentes à mencionada crise, como “(i) a desobediência generalizada à lei; (ii) não-aplicação ou aplicação seletiva das leis pelos órgãos oficiais; (iii) ineficiência da aplicação coercitiva da lei entre os particulares.” Complementa Lorenzetto (2009, p. 1926):

Ante a possibilidade de corrupção do legislativo (em crise) e os abusos do poder Executivo, Kelsen propõe o primeiro Tribunal Constitucional, visando garantir o sistema de liberdades e o cumprimento da Constituição – de modo a não perder o seu papel de Lei Maior do ordenamento jurídico. García expõe que “Kelsen aceita como um dado prévio e indiscutível a legitimidade do sistema democrático e os valores subjacentes ao constitucionalismo moderno.”, pois não era sua proposta realizar uma defesa ideológica da ideia liberal de Constituição, mas que esta se efetivasse e concretizasse.

O que para alguns tratou-se de uma nova era, para outros foi o resultado de uma transformação. Entretanto, é comum que a instituição de constituições dotadas de força normativa estabeleça novos parâmetros que, dentre eles, evidencia-se o fato de que o legislador, que exerce o poder pertencente ao povo, encontra-se limitado por uma norma hierarquicamente superior, que propõe, dentre outras coisas, uma noção de equilíbrio entre os poderes. “É a passagem para uma democratização do constitucionalismo, como adverte Friedrich” (TAVARES, 2005, p. 44).

A legitimidade da emergente justiça constitucional se baseia na ideia de um governo limitado. Isso acarretou, no que concerne à sistemática apresentada, a “[...] uma desconcentração do poder político e uma distribuição da responsabilidade pelo governo [...]” (2005, p. 47), além de outras funções que estruturam um sistema complexo. Desse modo, diante desse novo modelo apresentado, alguns problemas surgiram, principalmente em relação à legitimidade de agir desses vários órgãos, e também pela “[...] multiplicidade de

formas normativas que podem emergir de um mesmo órgão” (TAVARES, 2005, p. 47). Surge, portanto, a necessidade de interpretação da norma constitucional, a qual demanda um processo criativo. Nesse ponto, Tavares (2005) afirma que a teoria kelseniana, piramidal e linear, mostrou-se “insuficiente e inadequada”, e explica:

No modelo de Kelsen, o Tribunal Constitucional fiscaliza os casos de desrespeito à hierarquia normativa. A complexidade do Direito, com a superação do dogma do Parlamento absoluto, exige que um órgão possa deliberar, em definitivo, também acerca de outros temas, envolvendo a distribuição de competências, atrito entre os poderes, governabilidade, e outras tantas discrepâncias que não são meramente referidas às leis e sua posição na hierarquia do sistema jurídico. O Tribunal Constitucional renova-se, assim, como um ator importante e legítimo no desempenho de novas funções consentâneas com a nova estruturação dos sistemas jurídicos (TAVARES, 2005, p. 48).

Ainda na teoria de Kelsen, este defende que são normas materialmente constitucionais aquelas que definem questões como competência, estruturação do poder e regulamentação da produção jurídica. A Constituição sob o aspecto material é defendida pelo positivismo de Kelsen como aquela que contém regras sobre a produção de outras regras. Entretanto, esta não foi a concepção que perpetuou, pelo menos não em sua totalidade, porque a noção de Constituição que dominou abrange um conteúdo mais amplo, ou seja, a presença de normas que regulamentem mais do que a criação de outras normas (TAVARES, 2005).

Esta última concepção, portanto formal, também pressupõe uma rigidez. A rigidez, por conseguinte, pressupõe uma limitação dos poderes constituídos. Tais ideias não se sobrepõem, mas se justificam. A rigidez, nesse contexto, é substancial para a fundamentação do Tribunal Constitucional, pois este “[...] presta-se à garantia efetiva do princípio da supremacia e rigidez da Constituição” (TAVARES, 2005, p. 61).

Em que se pese, a formação de um Estado Constitucional favoreceu o aumento da atividade judicial. Cappelletti citado por Tavares (2005, p. 91) menciona que, “[...] na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso [...] num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, a paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno.”

Ao se estabelecer conceitos acerca do que vem a ser a jurisdição constitucional, partindo de uma premissa mais restrita, tem-se que a jurisdição constitucional é aquela exercida por um órgão de cúpula específico, que possui a finalidade precípua de analisar a harmonia das leis gerais em face da Constituição, objetivando, portanto, a invalidade de normas que divirjam dos preceitos constitucionais. Por muitos, jurisdição constitucional se vincula a atividade que exerce o Tribunal Constitucional. Por isso, da mesma forma, alguns

autores atribuem sua origem com a elaboração da Constituição da Áustria de 1920, a qual propunha um Tribunal Constitucional (TAVARES, 1998, p. 105).

Entretanto, o que se tem entendido atualmente é que a jurisdição constitucional, em um conceito amplo, não se resume apenas ao controle de constitucionalidade das leis que, como identifica Tavares (1998, p. 106), envolve “[...] o controle de constitucionalidade dos atos do poder público, especialmente a produção das leis, como forma de defesa da Constituição, além do controle de outros atos, desde que a defesa destes esteja ancorada na Constituição”. Surge, com isso, a ideia de Justiça Constitucional.

Assim, com a transferência da referida competência para o Judiciário, bem como de uma ideia de jurisdição ampla, observou-se, dentre inúmeras especificidades, surgir nos Estados Unidos o controle judicial das leis (*judicial review*) e, na Europa, a concepção de Tribunal Constitucional trazida por Kelsen (TAVARES, 2005, p. 93). Houve, portanto, a estruturação de dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade: o norte-americano e o austríaco.

2.2.1 Marbury x Madison e o controle difuso

É equivocada a afirmação de que o controle difuso se originou pela decisão de John Marshall no notório caso *Marbury versus Madison* em 1803 nos Estados Unidos. Mas, sem dúvida, tornou-se o mais conhecido. O controle difuso, assim chamado porque permite que qualquer juiz declare uma norma como inconstitucional evidenciou a aplicação do princípio da supremacia do texto constitucional, bem como ratificou o Poder Judiciário como órgão competente para tal controle (BULOS, 2015, p. 193).

O controle difuso advém de um litígio entre particulares, sendo esta sua principal diferença do controle de constitucionalidade austríaco. Além disso, propõe o denominado *stare decisis*, ou seja, a submissão das instâncias inferiores às decisões das superiores. Com isso, o sistema de precedentes ganhava força por meio de um efeito vinculante. É oportuno mencionar que sobre esse fato Kelsen teceu forte crítica ao sistema difuso, pois afirmava que a evidência de leis inconstitucionais ficava subordinada a “situações inconstitucionais abstratas” (BULOS, 2015, p. 194).

Enquanto a inconstitucionalidade pode ser arguida por todo o corpo do Poder Judiciário, destaca-se o fato de que a Corte Constitucional, no caso a Suprema Corte norte-americana, funciona como última instância na determinação da existência de harmonia, ou não, da lei para com a Constituição. O questionamento de grande relevância trazido por

Marshall ao decidir o caso *Marbury versus Madison* foi acerca da competência do Tribunal. Além da noção de superioridade da Constituição, Marshall, em sua decisão também ratificou:

É, enfaticamente, a esfera e o dever do poder judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem, necessariamente, expor e interpretar aquela regra. Assim, se uma lei esta em contradição com a constituição; se ambas, a lei e a constituição, aplicam-se a esse caso particular, então a corte deve decidir o caso ou conforme a lei, desrespeitando a constituição; ou consoante a constituição, desrespeitando a lei; a corte deve determinar, então, qual dessa regras conflitantes rege o caso: essa é a verdadeira essência do dever judicial. Se, então, as cortes devem atender a constituição, e a constituição é superior a qualquer lei ordinária, a constituição, e não tal lei ordinária, deve reger o caso para o qual ambas se aplicam (MARSHALL apud TAVARES, 2005, p. 120).

Assim, o Judiciário foi ganhando novos destaques dentro da estruturação do Estado, sobretudo, com a ascensão e consolidação do Estado Constitucional de Direito. O modelo estadunidense fundado sob os alicerces do *common law*, entretanto, não correspondia na totalidade às especificidades do modelo jurídico europeu, denominado *civil law*. Observou-se uma “[...] verdadeira passagem do Judiciário-curador (modelo norte-americano) para o Tribunal Constitucional” (TAVARES, 2005, p. 121). Essas nuances influenciaram em países que se espelharam nesses modelos para construir sua própria jurisdição constitucional, sobretudo aqueles que mesclaram os dois modelos.

2.2.2 O controle concentrado e o dogma do legislador negativo

O controle concentrado de constitucionalidade se baseia na necessidade de proteção da Constituição dentro do Estado Constitucional. Por isso, Enterría citado por Tavares (2005, p. 105) menciona que uma “[...] *Constitucion sin um Tribunal Constitucional (...) es una Constitucion herida de muerte*”. A Justiça Constitucional tem, portanto, a função precípua de promover essa tarefa. Observada a inconstitucionalidade de uma lei, esta “[...] pode ser abolida num processo especial previsto pela Constituição, porventura pela decisão de um tribunal especial” (KELSEN apud TAVARES, 2005, p. 105).

O motivo da escolha de um Tribunal Constitucional para o exercício de tal atividade encontra-se na própria teoria desenvolvida por Kelsen. O autor menciona a necessidade de intervenção de um terceiro “estranho” à origem da violação do texto constitucional, haja vista que muitas vezes a inconstitucionalidade nasce de atos envolvendo o governo e o parlamento, além do fato de que o Tribunal Constitucional “[...] desde o início não participa no exercício do poder nem entra necessariamente em oposição com o Parlamento nem com o Governo” (KELSEN apud TAVARES, 2005, p. 108).

Kelsen foi um dos juristas responsáveis pela elaboração da Constituição da Áustria de 1920, entendendo que a Constituição possui a função política de limitar os demais poderes e, além disso, a Constituição não servia apenas para regular o processo legislativo, mas também para verificar o conteúdo das normas produzidas, interferindo na validade de uma norma declarada como inconstitucional. Lorenzetto (2009, p. 1933) explica que:

Kelsen buscou justificar a criação da Corte Constitucional ao afirmar que a função política da Constituição seria a de estabelecer limites jurídicos ao exercício de poder e, que uma Constituição que não possuísse a possibilidade de anular os atos inconstitucionais que viessem a ser praticados, não teria sua obrigatoriedade, seu cumprimento garantido. Caberia, portanto, dentre outras funções à Corte Constitucional da Áustria julgar: a ilegalidade de decretos federais e estaduais; as violações do direito constitucional praticadas por autoridades federais ou estaduais; os recursos contra decisões administrativas, fundados na violação de direitos garantidos constitucionalmente.

Opta, assim, o autor austríaco pelo modelo de concentração ou centralização de controle, que ainda é justificado pela necessidade de unidade das soluções e segurança jurídica. Menciona que a arguição de inconstitucionalidade fundado em casos concretos (controle difuso) pode ocasionar julgamentos diferentes quando feitos por autoridades diferentes, por isso a necessidade de centralização a uma única instância. Complementa em dizer que “[...] a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição (KELSEN apud TAVARES, 2005, p. 109). Por isso, critica o modelo difuso-concreto por entender que a constitucionalidade das leis tem natureza pública, e não particular:

O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial (KELSEN apud TAVARES, 2005, p. 109).

Grande importância se dá à teoria de Kelsen, sobretudo no que se refere ao modelo que já existia na Áustria desde 1867, o qual foi aperfeiçoado por ele na década de 20, no pós-guerra, estabelecendo “[...] (i) a centralização do poder de revisão judicial da legislação; (ii) o poder de anular a lei” (TAVARES, 2005, p. 131), tendo relevante destaque o efeitos *erga omnes* gerado pelas decisões do Tribunal Constitucional. José Afonso da Silva ratifica ao dizer que:

A tendência à racionalização do poder do constitucionalismo de pós-guerra de 1918 haveria de buscar mecanismos jurídicos de defesa constitucional, dentre os quais a jurisdição constitucional se revela fundamental. Ai é que se origina, por obra de Kelsen, o sistema austríaco de justiça constitucional, com a criação, pela Constituição da Áustria de 1920, da primeira Corte Constitucional, com a qual se desenvolveu na Europa o princípio de que as questões constitucionais relativas à tutela dos direitos fundamentais e ao controle da constitucionalidade dos atos de

autoridade deveriam ser submetidas a um tribunal especializado em matéria constitucional” (SILVA apud TAVARES, 2005, p. 132).

O processo objetivo é visto por alguns autores como uma “função constitucional especial”, e não especificamente uma forma de jurisdição. Não obstante, o processo objetivo teve a intenção, na sua origem ainda no século XIX, de ser um processo judicial, o qual não se moldasse à proteção de direitos subjetivos. O próprio termo tem por escopo evidenciar “[...] o distanciamento desse processo daquelas regras processuais próprias dos conflitos intersubjetivos de interesses” cujo “[...] objetivo é a certificação, manutenção e ratificação da supremacia constitucional contra todos os comportamentos, normativos ou não, que dela se desviem” (TAVARES, 2005, p. 392).

Há, também, posicionamentos doutrinários que afirmam não verificar a existência de uma lide, se se partir de seu conceito como “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”. Gilmar Mendes reitera que o controle das leis trata-se de uma verdadeira “necessidade pública” (MENDES apud TAVARES, 2005, p. 393).

José Afonso da Silva, em estudo sobre os Tribunais Constitucionais europeus, equipara sua função como um típico “poder moderador”, o qual, atualmente, propõem uma noção de equilíbrio entres os poderes. O mecanismo proposto por Kelsen em 1920 diante da Constituição austríaca e da instalação do Tribunal Constitucional inovou ao definir que assuntos constitucionais referentes à defesa de direitos fundamentais, bem como a possibilidade de um controle dos atos praticados pelas demais autoridades, devem ser entregues a um tribunal específico cuja função precípua é tratar de matérias referentes à Constituição (TAVARES, 1988, p. 17).

Não ocorre no sistema difuso norte-americano a oportunidade de uma avaliação de normas desvinculadas de fatos, ainda mais por meio de uma ação originária, a qual produzirá efeitos *erga omnes*. Assim, Bernand Schwartz, ao analisar o controle concentrado sob o prisma da Suprema Corte dos Estados Unidos, menciona que:

[...] esse método de julgamentos antecipado é, porém, impedido no sistema judiciário federal pela insistência, coerente, da Corte Suprema, sobre a presença de uma ação ou litígio real antes que as questões constitucionais possam ser judicialmente decididas. *Muskrat v. United States* em que a Corte Suprema se recusou a resolver em abstrato a validade de um estatuto, na ausência de um caso real entre litigantes adversos, é o caso mais importante a respeito. [...] Esse Poder Judiciário, como vimos, é o direito de decidir controvérsias reais surgidas entre litigantes adversos, devidamente atribuído aos tribunais de jurisdição apropriada” (SCHWARTZ apud MORAES, 2003, p. 103).

A partir disso, pode-se perceber que o Poder Judiciário, especificamente o Tribunal Constitucional, é definido por Kelsen como um “legislador negativo”. Para o referido autor, a

tarefa legislativa é subdividida em dois polos, sendo o positivo e o negativo. O órgão designado como “legislador positivo” era aquele dotado de iniciativa, ou seja, o Parlamento. Por conseguinte, Kelsen atribui ao Tribunal Constitucional o caráter negativo, pois este, dentro do arquétipo judiciário, detinha exclusividade no controle de constitucionalidade das leis devido ao sistema concentrado de espécie abstrata. Sua tarefa era eliminar leis de estivessem em desacordo com os preceitos constitucionais (MORAES, 2003, p.120).

Na verdade, Kelsen não negava a importância da análise fática para a concretização de princípios constitucionais abertos, apenas considerava que neste âmbito se coloca, em boa medida, a dimensão criativa da concretização da Constituição (atuação como “legislador positivo”), de maneira que o Tribunal Constitucional deveria deixar esse espaço livre para o exercício da discricionariedade do legislador. Daí se vê que é da essência do conceito kelseniano de “legislador negativo” o emprego apenas de normas constitucionais precisas como parâmetros de controle de constitucionalidade, servindo como relevante instrumento de autorrestrição judicial. Tal circunstância explica a razão pela qual Kelsen acreditava que, embora a interpretação judicial tenha uma dimensão criativa, especificamente o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional consiste em atividade essencialmente vinculada à Constituição – e assim legítima à luz da separação entre os Poderes –, enquanto o uso de princípios abertos como parâmetros o transformaria em “legislador positivo”, atuando de maneira eminentemente criativa, o que implicaria usurpação de função legislativa (BRANDÃO, 2014, p. 5)

Fica evidente que a divisão proposta por Kelsen em órgãos legislativos bivalentes é motivada, sobretudo, com fundamento na separação de Poderes, uma vez que são tênues as linhas limítrofes que dividem as funções quando se objetiva garantir a supremacia da Constituição. Para tanto, no modelo de controle de constitucionalidade concentrado de Kelsen, indagações sobre a adequação “[...] de leis com princípios abstratos tendiam a ser automaticamente descartados pelo órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, através de um uso mecânico do princípio da separação dos poderes e dos seus corolários [...]” (BRANDÃO, 2014, p. 194).

Embora a teoria do controle concentrado tenha se alicerçado na ideia de legislador negativo, uma análise minuciosa do constitucionalismo contemporâneo permite evidenciar uma verdadeira mitigação nas decisões proferidas por tribunais constitucionais europeus e, em especial, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal. Isso se deve porque, na teoria desenvolvida por Kelsen refuta-se a atuação do Tribunal Constitucional como legislador positivo por entender que tal fato denotaria uma evidente transferência de poder. Nesse ínterim, é patente a “[...] contradição entre o emprego do conceito kelseniano de ‘legislador negativo’ e a aceitação de princípios constitucionais abertos como parâmetros de controle de constitucionalidade.” Essa divergência tem se tornado evidente porque o STF tem usado exatamente o “juízo fático e fluido” afastado por Kelsen em âmbito de controle de constitucionalidade (BRANDÃO, 2014, p. 196).

A adoção de novos mecanismos de interpretação, principalmente a utilização de princípios, geram alguns conflitos em tribunais que por muito tempo se reafirmavam como legislador negativo. A constante aplicação de princípios constitucionais abstratos em decisões envolvendo controle de constitucionalidade, a elaboração de decisões com viés criativo e modernas técnicas interpretativas revelam que a recorrente autoafirmação de atuação como legislador negativo não mais prospera. Há, portanto, um equívoco conceitual e também processual em relação ao que se verificava na origem de tais institutos (BRANDÃO, 2014, p. 195).

Cappelletti antecipa ao adentrar na problemática acerca da aplicação de métodos interpretativos vinculados à prática judicial. Salienta que tal conjuntura não se apresenta evidentemente incompatível, ou seja, defende que essas duas expressões não estabelecem uma contradição, entretanto, vem esclarecer que faz-se necessário “[...] identificar o grau da criatividade judicial, estabelecendo seus limites [...]”, pois “[...] não há atividade interpretativa desvinculada de certo grau de criatividade ou de discricionariedade” (TAVARES, 2005 p. 91). André Ramos Tavares (2005, p. 101) complementa:

Quando se sustentou, na doutrina norte americana, e lá se consagrou, o *judicial review*, não havia a preocupação de retirar a legitimidade ou a possibilidade de um Tribunal Constitucional. Muito pelo contrário [...], essa prática americana foi aproveitada pela construção teórica kelseniana. Isso bem demonstra a compatibilidade (embora geradora de complexidade) entre a tese do Judiciário como curador da Constituição e a tese de um Tribunal Constitucional. Modelos chamados de mistos, que congregam ambas as vertentes, como o brasileiro e o português, constituem a prova irrefutável dessa plausibilidade.

Sobre essa questão, é bastante pertinente o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI 1.351/DF, o qual afirma que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou artigo, com efeito *ex tunc*, como consequência, pode gerar o que chama de “vácuo legislativo”. Entende ser necessário a manutenção de “normas de transição” até que ocorra, posteriormente, a elaboração de nova norma pelo legislador. Nesse caso, atinente a interpretação, defende o ministro do STF que é necessário a aplicação de uma interpretação conforme à Constituição para suplantar essa possível lacuna que gerada pela nulidade.

Entretanto, ressalta que, segundo entendimento da própria Corte, há limites a serem reconhecidos na aplicação do referido princípio. É preciso, além de zelar pela expressão literal do texto, buscar manter a “vontade do legislador”, como é possível extrair de seu voto: “a interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar a significado do texto normativo,

com mudança radical da própria concepção original do legislador” (ADI 1.351/DF). (BRASIL, 2009).

A simplicidade aparente não se mostra verdadeira na prática porque tal atividade exercida pelos tribunais resultam, inevitavelmente, sempre em uma alteração, ainda que mínima, na concepção normativa original estabelecida pelo legislador, acarretando em uma decisão de caráter modificativo. No entanto, Gilmar Mendes (ADI 1.351/DF) expõe que, baseado na jurisprudência das Cortes europeias, principalmente a Corte Constitucional italiana, tem demonstrado que, baseado na segurança jurídica e no interesse social, “[...] o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto [...]”. (BRASIL, 2009).

É interessante destacar que, como parte da fundamentação de seu voto, Gilmar Mendes cita o constitucionalista mexicano Joaquin Camazano que, sobre abordagem do Tribunal Constitucional como legislador negativo, opina por estar completamente superada o conceito de legislador negativo dado por Kelsen ao Tribunal Constitucional. “*Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son [...]*” e ainda “[...] *la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, certificando la quebra del modelo kelseniano del legislador negativo*” (CAMAZANO apud MENDES, 2009, ADI 1.351/DF, p. 156). (BRASIL, 2009).

Por conseguinte, Mendes relata que verifica-se, na jurisprudência da Corte, uma certa ausência de cautela no que concerne aos limites que devem ser observados “[...] entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador”. Além disso, em certos casos, tornou-se realidade a aplicação do que a doutrina denomina “decisões manipulativas de efeitos aditivos”, e sobre isso, conclui:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vestuto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Observa-se, assim, uma série de mudanças no âmbito do controle de constitucionalidade, principalmente na via concentrada. Os pressupostos estabelecidos por

Kelsen na sua concepção encontram-se evidentemente modificados, principalmente sobre o objeto do controle, fundado no dogma do legislador negativo. Todavia, tal instituto foi formado a fim de que se garantisse a supremacia da Constituição, de modo a assegurar segurança jurídica, bem como proteger os limites impostos à separação de Poderes.

Diante das justificativas trazidas desde a origem do controle concentrado, modificações em sua aplicação geram, de certa forma, uma instabilidade doutrinária, já que os pressupostos até então defendidos não se encaixam naquelas atualmente empregados. Além disso, surgem questões que envolvem desde a legitimidade até o papel criativo dos Tribunais Constitucionais, em virtude da vultuosa jurisprudência que vem sendo produzida. É necessário, pois, a definição de limites a essa atividade, de modo a se garantir, além da segurança jurídica e da separação de Poderes, a unidade da Constituição, logo, a sua própria supremacia.

2.2.3 A questão da separação de Poderes

A separação de Poderes se integra ao constitucionalismo e, nas palavras de Carl Schmitt esse princípio “se identifica com a Constituição e constitui seu conceito” (SCHMITT apud DIMOULIS, 2008, p. 143). Não obstante, como toda teoria, a separação de Poderes está rodeada por críticas. Dimitri Dimoulis constata que alguns termos são frequentes quando doutrinadores e juristas criticam esse princípio, dentre eles: “ultrapassado”, “inexistente” e extinto. (DIMOULIS, 2008, p. 144).

Contudo, essas afirmações merecem um pouco de cautela, pois é inegável a sua centralidade, haja vista sua presença em quase todas as Constituições, cuja única exceção é a Lei Fundamental do Vaticano de 2001. Dentre suas finalidades, temos a manutenção da liberdade do indivíduo e a oposição ao acúmulo de poder. Não por menos, grande destaque se dá à Revolução Francesa, marco da decadência do absolutismo (DIMOULIS, 2008, p. 145).

A separação de poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos (DIMOULIS, 2008, p. 145).

Embora se atribua o melhor desenvolvimento teórico à Locke e Montesquieu, a concepção atual de separação diverge daquela proposta por esses autores, pois hoje ela se assemelha a uma forma de garantir uma harmonia social e política. Diante disso, Dimitri (2008, p. 147) afirma que “[...] a separação de poderes configurou-se institucionalmente

somente no Estado Constitucional moderno”, pois “trata-se de um elemento do constitucionalismo”.

Na verdade, o que se pode constatar é que, partindo de uma “separação orgânica dos poderes”, também chamada de formal ou subjetiva, ou seja, quando a função exercida corresponde ao respectivo órgão (por exemplo: Poder legislativo – função legislativa), Schmitt afirma que a tripartição de poderes “nunca se realizou de forma pura” (SCHMITT apud DIMOULIS, 2008, p. 152).

Diante disso, há quem defenda uma relativização da teoria dos poderes. Para Dimoulis, esta é uma visão equivocada, pois não se flexibiliza as funções de cada órgão, e sim a forma como cada função é distribuída entre as respectivas autoridades. É o que o autor denomina de “tendência de organização do poder estatal”. Ressalta-se que somente é possível desde que haja autorização pelo texto constitucional. Enquanto a doutrina alemã denominou essa “tendência” de “cruzamento de poderes”, no Brasil utiliza-se o termo “função atípica”, como no caso da edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, nos moldes do artigo 62 da Constituição (DIMOULIS, 2008, p. 153).

Outro fator que estrutura a separação de poderes é o “princípio da independência orgânica, que também conhece uma série de exceções, no intuito de criação de freios e contrapesos.” Por conseguinte, “a separação de poderes repercute profundamente na estrutura do Estado constitucional, garantindo a autonomia de cada poder”. Desta forma, uma separação absoluta inviabilizaria a unidade estatal, pois, por exemplo, mesmo diante de uma atuação de um determinado poder que afrontasse notoriamente o texto constitucional, os demais poderes nada poderiam fazer. O controle de constitucionalidade, ainda seguindo esse raciocínio, jamais seria possível (DIMOULIS, 2008, p. 154).

Vale mencionar, também, que a tripartição de poderes se insere na Constituição brasileira (e em várias outras) como cláusula pétrea, conforme pode se verificar pela leitura do seu artigo 60, §4º, III. Portanto, é impossível aboli-la por meio de emenda. Isso não significa que sua interpretação não possa sofrer alterações. Dimitri (2008) menciona que é possível a sua modificação em questões como o “equilíbrio entre os poderes e modificações no rol das respectivas competências”, mas é necessário “[...] que seja mantida a divisão do poder e respeitado o princípio da autonomia e da especialização” (DIMOULIS, 2008, p. 156). Questiona-se até que ponto se pode alterar o seu conteúdo, bem como quais os critérios utilizados para isso, ou seja, o que está suscetível de modificação pelo “poder constituinte reformador”.

Em síntese, percebe-se haver uma divergência entre a separação de poderes de matriz iluminista, cuja exaltação se dava à lei devido a predominância legislativa, em face de uma concepção contemporânea, “relativizada”, a qual Tavares (2011) afirma que ocorreu como forma de proteção aos direitos fundamentais. Na concepção iluminista, a separação de poderes não tinha como finalidade qualquer intenção de harmonia e equilíbrio entre os poderes constituídos. Por outro lado, a “relativização” dessa teoria se estabelece para assegurar um pluralismo entre os órgãos detentores do poder. A própria distribuição de poderes fundada na ideia de um controle recíproco tem por espoco a harmonia entre esses poderes, bem como a necessidade de um Estado limitado.

A respeito da necessidade de um Estado limitado, Carlos Ayres Britto (2011) vem, resumidamente, apontar quais são os mecanismos utilizados pela Constituição de 1988 para assegurar a harmonia e o equilíbrio entre os poderes constituídos:

Tais mecanismos são, em síntese: a) exclusividade ou monopólio de competência, sobre as matérias de economia doméstica de cada Poder; b) exercício simultâneo das três funções básicas, no âmbito de cada Poder, uma de modo preponderante e duas em caráter secundário; c) a participação obrigatória de mais de um Poder, nos atos de nomeação para determinados cargos públicos, ou designação para funções estatais relevantes; d) o regime de colaboração forçada de dois ou mais Poderes, para o desempenho da mesma função ou a prática do mesmo ato, qualificados pela Lei Maior como de importância capital na vida do Estado; e) a outorga de competência especificamente direcionados para a contenção de cada Poder nos estritos limites da sua competência constitucional (BRITTO, 2011, p. 48).

O ministro aposentado do Supremo finaliza, de forma pertinente, definindo que, no que concerne à separação de Poderes presente no constitucionalismo brasileiro, é perceptível a existência de uma interdependência do que uma independência entre eles. Além disso, menciona que ainda consagra noções basilares de funções especializadas, desconcentração de órgãos que se colaboram. Entretanto, sua importância também se posiciona “[...] por ser ela a primeira e mais efetiva garantia de respeito aos direitos imprescritíveis, inalienáveis e impostergáveis da pessoa humana”, cuja finalidade é a proteção dos direitos fundamentais” (BRITTO, 2011, p. 49).

2.2.4 Os direitos sociais e a “metodologia *fuzzy*” de Canotilho

O debate acerca da separação de Poderes também ganhou destaque com a inserção nos textos constitucionais dos chamados direitos sociais, culturais e econômicos. Isso se deve porque tais direitos exigem um encargo por parte do ente público, o qual se reforça pelo embasamento constitucional atribuído a esses direitos. Com as devidas cautelas, pois o intuito aqui não é adentrar na problemática envolvendo a efetividade dos direitos sociais, é bastante

recorrente os casos de omissão envolvendo o Poder Executivo e o Poder Legislativo na tentativa de concretizar esses direitos “abertos” que, pela via abstrata, acabam chegando às portas do Supremo Tribunal Federal, como ocorreu na ADPF 45.

O relator da referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental define como suscetível de controle abstrato questões relacionadas a políticas públicas, uma vez que cabe ao STF assegurar a concretização constitucional, bem como a promoção da justiça social. Defende, nesse contexto, ser necessário e admissível a intervenção do Judiciário, pois o Estado possui esta obrigação devido à exigência constitucional. Sobre a questão da separação de Poderes, fundamenta da seguinte forma:

[...] parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais [...] Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais (KRELL apud MELLO, em seu relatório na ADPF 45/DF). (BRASIL, 2004).

O ministro relator Celso de Mello exalta que essa atribuição da Corte Constitucional brasileira caracteriza-se como atributo da dimensão política da jurisdição constitucional e que a omissão estatal referente aos direitos de segunda dimensão comprometeria “de modo inaceitável a integridade da própria ordem constitucional”. Não pode, portanto, os poderes detentores de funções tipicamente capazes de solucionar ou avançar na questão da efetividade dos direitos sociais simplesmente se eximirem desse encargo.

O constitucionalista português, José J. Gomes Canotilho, desenvolveu uma teoria bastante pertinente acerca da expansão dos direitos sociais, culturais e econômicos, principalmente no que tange à problemática de sua efetivação. A intitulada metodologia “fuzzy”, termo originário do inglês que significa “coisa vaga”, “indeterminada”, “aberta”, foi criada pelo jurista português pelo nível de “vagueza” e “indeterminação” que se tem atribuído aos direitos de segunda geração em seus aspecto normativo-constitucional. Essa teoria se aplica quando juristas, por usar conceitos imprecisos e genéricos, desconhecem do que estão tratando diante da complexidade dos problemas enfrentados pelos direitos sociais, culturais e econômicos, e exemplifica se há, pelos constitucionalistas, noções acerca do valor gasto para

o tratamento de uma doença que atinge um número determinado de pessoas (CANOTILHO, 1998, p. 37).

Assim, Canotilho empresta a terminologia metafórica de “camaleões normativos” para atribuir aos direitos sociais envoltos por normas obscuras, originárias de um sistema jurídico aberto, de evidente instabilidade e imprecisão, ou seja, sem critérios metodológicos, embasados por técnicas discursivas. Preleciona que essa imprecisão normativa é capaz de explicar a “confusão entre o conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e a sugestão de um conteúdo”, sendo que este último está sujeito ao modelo político-jurídico empregado, ou seja, acabado por se tornar variante. É o que ocorre, para o autor, na corrente confusão entre direitos sociais e “políticas públicas de direitos sociais” (CANOTILHO, 1998, p. 39).

Nesse âmbito, também considerando a atual crise do Estado Social, Canotilho (1998) propõe a “desintroversão” e a subsidiariedade. A primeira caracteriza-se pela necessidade de uma “desconstitucionalização” das políticas sociais, o que não significa a extinção dos direitos sociais do plano normativo-constitucional e a segunda baseia-se em um sistema de sustentação própria de “autoajudas sociais”. Sobre o tema:

O que os juristas não podem fazer, segundo o luso, é decidir que determinado indivíduo tem direito à saúde, direito à moradia e direito à educação, sob o simples argumento do princípio da dignidade da pessoa humana. Deve-se atentar para as dimensões do mínimo existencial, como resultado da interpretação do preceito constitucional garantidor do direito; decidir do contrário traria consequências à validade da norma constitucional frente à efetividade econômico-social (MENEZES, 2014, p. 315).

Canotilho (1998) assevera que a experiência portuguesa com base na consagração dos direitos sociais e das políticas públicas sociais originou problemas constitucionais complexos, sobretudo pelo fato de que sua efetivação demanda um grande volume financeiro. Afirma também que os avanços gerados pelas constitucionalização dos direitos fundamentais sociais estão, atualmente, neutralizados diante da crise do Estado Social.

Ademais, os direitos sociais possuem uma relação de dependência legal, pois é o legislador que determina o que é ou não um direito social. No caso português, chega a dizer que essa experiência tem sido desanimadora. Isso se confirma com a constante necessidade de se recorrer ao Judiciário para garantir a efetividade de normas constitucionais. O *fuzzysmo* debate as questões prejudiciais da adoção da vagueza jurídico-normativa, cuja consequência é a constante insegurança que o destinatário da norma possui diante da dificuldade ao tentar harmonizar a sua conduta com o conteúdo previsto na norma.

2.3 Ativismo judicial

Em sua gênese romano-germânica, vinculadas à ideia de fontes formais do direito, as decisões judiciais possuem um caráter limitado no que se refere à criação normativa. A jurisprudência dentro do *civil law* caminha pelos contornos formados pelo órgão legislativo. Por outro lado, no *common law* a jurisprudência ocupa grande destaque dentro da dinâmica jurídica. Além da típica função jurisdicional, a decisão judicial em países de direito consuetudinário caracteriza-se pela sua função de precedente (RAMOS, 2015, p. 107).

Em tempos de aproximação desses dois sistemas, ganhou destaque a discussão acerca da função criativa do judiciário, da sua legitimidade e de seus limites. Notadamente, o que se convencionou chamar de ativismo judicial questiona sobre a “disfunção” da atividade jurisdicional e da suposta usurpação da atividade legislativa e executiva pelo Poder Judiciário. Elival da Silva Ramos, em seu estudo sobre o tema, sobre esse cenário inquestionável, afirma:

A aproximação entre as duas grandes famílias do direito ocidental é fato apontado pela maioria dos comparatistas. Em relação ao tema do ativismo, Cappelletti chega mesmo a sublinhar que as conclusões por ele alcançadas no estudo *Juízes legisladores?*, ‘sobre a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época’, “aplicam-se a ambas as famílias jurídicas”, traçando um paralelo entre a atuação criativa das Cortes Constitucionais europeias e os órgãos de cúpula do Poder Judiciário nos Países de *common law*. Não deixou, contudo, de reconhecer que continua a subsistir uma diferença de grau entre os sistemas jurídicos de uma e outra família no que concerne ao ‘fenômeno da criação judiciária do direito’. (RAMOS, 2015, p. 109).

No direito anglo-saxônico essa atividade é bem mais familiar, uma vez que há “[...] uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de norma jurídicas” (RAMOS, 2015, p.110). Nesses países, chega-se a mencionar que o direito é apenas realizado por meio das decisões judiciais, de tal modo que o direito legislativo tem sido concebido como fonte jurídica secundária. Para tanto, o ativismo judicial é visto com bons olhos no sistema do *common law*, de modo que sua utilização fundamenta-se por permitir uma adequação jurídica frente às necessidades sociais, evitando a sedimentação de modelos normativos obsoletos diante do contexto em que se insere, o que muitas vezes ocorre pelo intento de cumprir os desígnios normativos propostos pelo legislador ou até mesmo por precedentes ultrapassados.

É evidente que o ativismo judicial também atravessa a questão da separação de Poderes, uma vez que o texto constitucional ao adotá-lo, formaliza a relação entre o Poder e sua respectiva função, bem como suas exceções. O que se questiona não é apenas o descumprimento dos limites estabelecidos constitucionalmente, mas também a própria

descaracterização do Poder Judiciário e sobre a possível violação ao núcleo essencial do princípio da tripartição que, por mais que haja uma “releitura”, é inegável que as premissas basilares ainda subsistem. Sobre isso, Ramos (2015, p. 120) ensina que na dialética separação de poderes e exercício da jurisdição “[...] o que compete é averiguar se existiu a desnaturação substancial da atividade e não o afastamento de seu conteúdo formal”.

Anota-se que o autor menciona que as decisões judiciais tem sido “necessariamente criativas e inovadoras”, pois não se restringem à reprodução literal dos demais textos normativos, mas sim sofrem desdobramentos, adaptações e enriquecimentos diante da circunstância fática a qual a jurisdição foi provocada. Não se pode negar, nesse raciocínio, que o escopo criativo, em um parâmetro comparativo, foi justificadamente entregue ao Poder Legislativo, tendo, portanto, maior liberdade na criação do direito. Ramos se posiciona no sentido de que, diante da autonomia da função jurisdicional no Estado de Direito, bem como na modificação nos contornos que a jurisprudência tem adentrado em razão da sua maior criatividade, os outros poderes foram afetados, sobretudo o Poder Legislativo, o que se “[...] configura uma gravíssima agressão ao princípio da separação de Poderes” (RAMOS, 2015, p. 123). A discricionariedade dos órgãos constituídos está entrelaçada ao princípio da separação de Poderes. No que se refere à jurisdição, a discricionariedade engloba a interpretação e, portanto, está também está sujeita aos balizamentos da teoria da tripartição (RAMOS, 2015, p. 130).

Diante disso, faz-se necessário mencionar alguns conceitos acerca do ativismo judicial:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2015, p. 131).

Outro conceito bastante pertinente foi elaborado pelo ministro Luís Roberto Barroso (2011, p. 307) em seu livro *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções aos Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2011, p. 307).

Conforme já mencionado anteriormente, o positivismo de origem liberal propunha uma aplicação mecânica da lei. Por conseguinte, a atuação intérprete-aplicador era bastante restrita, impossibilitando que se observasse algum tipo de ativismo judicial. Nos Estados Unidos, essa teoria hermenêutica ficou conhecida como *passivismo judiciário*. O passivismo se fundamenta por uma corrente denominada interpretativismo, a qual se subdivide em textualismo e originalismo. Sem delongas, essas correntes interpretativistas defendiam uma hermenêutica autoritária, sendo que a interpretação constitucional deve se ater exclusivamente no texto constitucional, na letra fria ou buscar trazer à tona qual era a intenção do constituinte quando elaborou o texto (RAMOS, 2015, p. 132).

Em contraposição ao interpretativismo, surgiu nos Estados Unidos o não-interpretativismo, o qual ganhou grande destaque, tanto na academia, como na atuação da Suprema Corte. Tal teoria se subdivide em duas correntes, sendo elas o conceitualismo e o simbolismo. De acordo com o que explica Charles Cole (apud RAMOS, 2015, p. 133), “[...] o conceitualismo é a teoria da interpretação constitucional que reconhece que a sociedade evolui e muda, e o significado da Constituição evolui de acordo com os conceitos básicos derivados (pela Corte) do próprio documento.” Elival se posiciona no sentido de que o conceitualismo se aproxima com a interpretação de cunho positivista, mas não baseada no positivismo mecanicista, e sim no que ele denomina de “positivismo renovado” e, para outros, “pós-positivismo”. Em um sistema de common law, adequou-se ao fortalecimento da utilização de precedentes e resultou em uma “interpretação criativa de perfil positivista” (RAMOS, 2015, p. 134).

Já o simbolismo se aproxima bem mais do moralismo jurídico do que do positivismo. Charles Cole o define como “[...] uma teoria de interpretação constitucional [...]” que ao permitir que a Corte utilize “[...] aspirações fundamentais da história e tradição norte-americana, reconhece que sua aplicação envolve uma elaboração e um fortalecimento de valores além daqueles constitucionalizados pelos autores da Constituição” (COLE apud RAMOS, 2015, 135). Ramos resume:

Diante disso, a expressão “ativismo judicial” possui uma carga valorativa positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais. Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. Em sentido oposto, os defensores da construction (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisdicional. Para os não interpretativistas, o passivismo judicial é que deve ser combatido, pois apenas uma

interpretação evolutiva da Constituição teria permitido a sua sobrevivência durante duas centúrias, acomodando-se às profundas transformações sociais, econômicas e culturais experimentadas pelos Estados Unidos (RAMOS, 2015, p. 136).

A confluência de teorias influenciaram a Teoria da Interpretação de modo a viabilizar, no âmbito do positivismo pós-kelseniano, a adesão ao ativismo em sede judicial. Isso não significa a utilização desenfreada do magistrado ao elaborar a decisão, pois há critérios objetivos a serem observados. Entretanto tornou-se possível, por meio da criatividade, que se atente também o contexto em que a norma irá ser aplicada. Isso se deve devido à influência do pragmatismo e do moralismo na moderna teoria da interpretação. Se para o positivismo clássico obedecia-se a vontade do legislador, insurge com aquelas correntes a adesão da vontade do intérprete-aplicador, o que gera, por consequência, o ativismo judiciário (RAMOS, 2015).

Explica Ramos que, no positivismo renovado, ainda há o predomínio da vontade da lei, mas não de forma única e de obediência exclusiva e anterior. A norma, enquanto plano objetivo, ainda funciona como forte elemento demarcatório do juiz na elaboração de suas decisões, mas também inclui-se a sua vontade. É o que Miguel Reale (apud RAMOS, 2015, p. 140), ao confrontar o tema da criatividade, entende por “meio-termo”, em que deve-se harmonizar a vontade da lei e a vontade do intérprete, “[...] devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo”, ou como menciona Radbruch “saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro” (RADBRUCH apud RAMOS, 2015, p. 140).

Elival da Silva Ramos, ao definir ativismo judicial “como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional” menciona que esses limites, no tocante à atividade jurisdicional, leva em consideração a interpretação e a aplicação, traçando uma relação com o ordenamento em sua integralidade, enquanto conjunto. Para tanto, enumera algumas peculiaridades do ativismo judiciário, uma vez que, como se tratar de interpretatividade constitucional, traz em seu bojo algumas particularidades:

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito; o caráter monogênico de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, porém torna menos intensa sua capacidade regulatória direta; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais, que dizem respeito a aspectos a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais

decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense). (RAMOS, 2015, p. 143).

Há, portanto, uma caminho fluido entre a política e a justiça no cenário atual. São inúmeros os casos em que cortes constitucionais tem adentrado em ambientes de cunho Legislativo e Executivo. O Brasil não é uma exceção, de modo que o Supremo Tribunal Federal tem alcançado evidente destaque se comparado a tempos atrás. Diante desse crescimento, bem como do proporcional aumento da demanda diante do Judiciário, faz-se necessário traçar alguns parâmetros que diferem o ativismo judicial da judicialização, sendo classificados como “primos” por Luís Roberto Barroso (2011).

Clarissa Tassinari (2013) explica que, com o advento da Constituição de 1988, houve uma cisão no modo de se olhar para a jurisdição constitucional brasileira. Tornou-se frequente a utilização de dois termos ao se referir ao tema: judicialização da política e ativismo judicial. Não se trata de um mesmo fenômeno, mas não é equivocado que o contexto em que eles se originam são iguais. É preciso, portanto, distingui-los.

Barroso explica que, com o término da Segunda Grande Guerra, a justiça constitucional ganhou destaque e avançou frente à política majoritária, que é aquela exercida pelo Legislativo e pelo Executivo, pois neles seus principais representantes são eleitos. Houve, com isso, o que ele denomina de “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo” (2011b, p. 276). Além disso, um dos marcos da mudança da “concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário” (TASSINARI, 2013, p. 31). Isso corrobora com o que foi dito anteriormente.

Com o aumento da demanda judicial, Barroso menciona três causas da judicialização: a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. A primeira foi resultado da promulgação de um Constituição que trazia em seu texto toda a esperança de se romper com o passado totalitário da ditadura militar, que ainda era muito recente. O Judiciário passou a exercer também um político, capaz de confrontar com os demais Poderes para que se garantisse a superioridade da Constituição e o respeito à lei. Nesse contexto, marcou-se também pelo crescimento institucional do Ministério Público e a ampliação gradativa da Defensoria Pública. A ideia de ir ao Judiciário buscar por justiça passou a ser uma realidade mais presente na sociedade brasileira (BARROSO, 2011b, p. 277).

Outra causa do aumento da judicialização foi a constitucionalização abrangente, ou seja, o texto constitucional ganhou um extenso rol de direitos que, anteriormente dependiam da boa vontade do “processo político majoritário” e da “legislação ordinária”. Nas palavras do ministro, “a Carta brasileira é analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador” (2011b, p. 277). Para tanto, ao se disciplinar determinada matéria ao *status* de norma constitucional, torna-se possível a discussão dessa temática por meio de uma ação judicial. É por esse e outros motivos que é cada vez mais crescente a judicialização de direitos sociais, entre eles, no tocante ao direito à saúde, a busca por medicamentos e tratamentos clínicos, que se incluem no recente debate sobre a efetivação de políticas públicas.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, enquanto terceira causa da crescente judicialização, ocorre pela sua abrangência, segundo Barroso (2011b), o sistema adotado no Brasil é do tipo híbrido, pois abarca tanto o sistema americano como o sistema europeu, ou seja, o Poder Judiciário pode, por meio de todo o seu corpo constitutivo, realizar o controle incidental difuso, e seu órgão de cúpula, além do controle difuso, realiza também o modelo abstrato concentrado, por meio das ações diretas. Ou seja, o próprio modelo brasileiro adotado faz com que quase tudo possa chegar ao Supremo, tendo este que decidir questões que, em modelos utilizados em outros países, jamais seria possível. É oportuno dizer, também, que a judicialização não é uma opção do Poder Judiciário, por não adentrar nos meandros da sua discricionariedade querer ou não julgar tais questões diante da sua inafastabilidade. A Corte, devido ao seu papel constitucional e ao modelo institucional adotado, não possui a alternativa de se escusar dessa tarefa, apenas segue aquilo que a Constituição lhe atribui. Complementa Barroso (2011, p. 279):

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Com origem norte-americana, o ativismo judicial em território brasileiro e após a Carta de 1988, foi possível pela “ampliação do papel político-institucional do STF” (VILHENA apud TASSINARI, 2013, p. 33). De certa forma, colocar o ativismo judicial em pauta é, por consequência, provocar uma reflexão acerca do próprio controle de constitucionalidade, uma vez que são institutos interligados. Contudo, com o seu debate, umas principais questões levantadas (e que englobam também a judicialização) foi sobre o papel contramajoritário do Supremo, devido pelo poder político que exercem (BARROSO, 2011b).

O que Luís Roberto Barroso (2011b) chama de “dificuldade contramajoritária” se deve pelo fato de que o membros do corpo Judiciário não serem escolhidos pelo sistema majoritário, por clamor popular, como representantes do povo. De plano, Clarissa Tassinari (2013, p. 34) afirma que essa polêmica foi pacificada pelo próprio Texto de 1988, cujo constituinte “estabeleceu papel estratégico aos juízes e tribunais, ao prever textualmente a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade”, e completa dizendo que “o controle de constitucionalidade brasileiro justamente deriva do pacto democrático firmado pela Constituição de 1988”.

Tem natureza normativa e filosófica a explicação do poder contramajoritário para Barroso (2011, p. 283). No que tange à natureza normativa, ele também remete à Constituição a outorga desse poder ao Judiciário, uma vez que ao efetivar a Constituição, o magistrado concretiza as vontades do constituinte, o qual sempre tiveram o voto para representarem o povo. É uma espécie de “realização indireta da vontade popular”, de modo que o judiciário também funciona como “co-participante do processo de criação de direito”.

Do ponto de vista filosófico se explica pela convergência do constitucionalismo com a democracia, o que resultou no Estado constitucional democrático. A democracia não se concentra apenas na vontade da maioria e no princípio majoritário e que em Estado de Direito centrado na Constituição, esta passa a ter a função de “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”. A partir disso, influencia-se na forma como se exercerá a jurisdição constitucional, tanto na sua legitimidade, como na sua extensão. Reitera e complementa Barroso (2011b, p 284):

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm mais votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Clarissa Tassinari ainda traz um conceito bastante oportuno desenvolvido pelo grupo de pesquisa “Novas Perspectivas da Jurisdição Constitucional”, o qual identifica como ativismo judicial um “processo político-institucional” que apresenta “um modelo de jurisdição constitucional com forte apelo de supremacia.” Lênio Streck entende que um tribunal ativista é aquele que, ao decidir, faz o direito por meio de argumentos políticos e morais,

substituindo-o por posicionamentos próprios, de cunho pessoal (STRECK apud TASSINARI, 2013, p. 36).

Enquanto a judicialização é fruto de uma consequência natural, um “fenômeno contingencial devido ao aumento da demanda por efetivação de um extenso rol de normas de uma Constituição analítica, o ativismo se destaca pelo protagonismo do Poder Judiciário, com fulcro na supremacia, atuando em competências que a Constituição não lhe atribuiu. Com a abertura, a vagueza e a fluidez das normas constitucionais, “o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo” (BARROSO, 2011b, p. 288) A função contramajoritária deve andar de mãos dadas com o regras democráticas, de modo a não se olvidar a separação de Poderes, nem as premissas estruturantes do Estado de Direito para não ferir a Constituição, usando-a muitas vezes como justificativa para a execução desses atos.

O ministro aposentado Ayres Britto (2015) é enfático: o ativismo judicial é inconstitucional por se tratar de uma usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, sendo o sentido negativo do termo judicialização, uma vez que esta é uma palavra plurissignificativa. Isso se deve, segundo o ministro, por que o ativismo caracteriza-se por uma demasia no ato interpretativo, pois o magistrado impõe sua vontade subjetiva à vontade objetiva do material jurídico interpretado. A legitimidade do Poder Judiciário está na busca pela vontade objetiva do direito, tendo o intérprete essa função.

Por outro lado, leciona que, enquanto o ativismo é um abuso, a proatividade interpretativa é um dever do magistrado, principalmente do STF, já que é o guardião da Constituição e a instância decisória de afunilamento de todo o Poder Judiciário. Ela é obrigatória pois a sua aplicação, além de carregar o sentido de justiça material, também se compromete com o exaurimento da vontade objetiva do material jurídico interpretado. O Judiciário, ainda segundo Britto (2015), ao adotar postura ativista, se coloca como fonte direta do direito, de modo que deveria ser fonte indireta, uma vez que a jurisprudência é uma fonte secundária.

Por outro lado, leciona que, enquanto o ativismo é um abuso, a proatividade interpretativa é um dever do magistrado, principalmente do STF, já que é o guardião da Constituição e a instância decisória de afunilamento de todo o Poder Judiciário. Ela é obrigatória pois a sua aplicação, além de carregar o sentido de justiça material, também se compromete com o exaurimento da vontade objetiva do material jurídico interpretado. O Judiciário, ainda segundo Britto (2015), ao adotar postura ativista, se coloca como fonte direta

do direito, de modo que deveria ser fonte indireta, uma vez que a jurisprudência é uma fonte secundária.

O ativismo judicial, embora passível de muitas críticas, é uma realidade no cenário jurídico brasileiro. Em apertada síntese, a Teoria da Interpretação moderna evidenciou algumas falhas e deficiências do modelo positivista clássico, principalmente no que tange ao processo hermenêutico. A adoção de normas-princípio no âmbito constitucional, agregado com outros fatores, dentre eles a ascensão do Judiciário no pós-guerra, bem como a atividade dos tribunais constitucionais acarretou na inviabilidade do “modelo hermenêutico da subsunção mecânica”.

Diante disso, o ativismo, enquanto atividade que ultrapassa as balizas da atividade jurisdicional em face principalmente da atividade legislativa, caracteriza-se mais pelo desvirtuamento das funções típicas do Poder Judiciário, do que pela atitude atrevida em legislar, de modo a invadir o núcleo essencial que a Constituição atribui à aos demais Poderes. Sobre isso, Elival da Silva Ramos (2015, p. 324) complementa:

A singularidade do ativismo judicial em matéria constitucional está diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais; o caráter monogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio; a imprecisão semântica da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição.

Dessa forma, a aplicação de decisões ativistas merecem cautela. O entendimento de que o positivismo não foi superado, mas sim renovado se faz necessário pelo fato de que o juiz não deve-se pautar em uma posição mecanicista da lei, uma vez que a atual conjuntura reconhece a possibilidade de se levar em conta a vontade do intérprete, bem como seu papel criativo no ato decisório, reconhecido, inclusive, por Kelsen. Além da adoção de um Estado de Direito com base no texto constitucional, os limites objetivos da sistemática jurídica devem ser considerados, entretanto, não são exclusivos. Há, portanto, limites substanciais que o intérprete deve analisar e “[...] que o próprio direito a aplicar lhe impõe [...] que se não de buscar os critérios para a aferição da existência ou não de ativismo judiciário” (RAMOS, 2015, p. 324). Isso reflete no exercício da atividade jurisdicional que deve ser feita com relevante atenção a esses limites, mas com o devido enfoque nos direitos fundamentais.

3 ADF 347/DF E O “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”

O “estado de coisas inconstitucional” é bastante insipiente no Brasil por se tratar de um tema prematuro na história constitucional brasileira. De plano, cabe mencionar que o “estado de coisas inconstitucional” é um instituto importado, o qual se desenvolveu enfaticamente sob esse rótulo pela Corte Constitucional Colombiana no decorrer da década de 90. Em sede de estado da arte, o material bibliográfico disponível ainda é escasso diante de seu caráter hodierno e inovador, destacando-se o trabalho desenvolvido por Carlos Alexandre Azevedo de Campos em sua tese de doutoramento intitulada “Da Inconstitucionalidade por Omissão ao ‘Estado de Coisas Inconstitucional’” em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro em março de 2015¹, a qual não está acessível em sua versão integral. Além disso, o que se encontra disponível são alguns artigos de cunho jornalístico e opinativo em sites de notícias vinculado à seara jurídica.

O cenário drasticamente propício para a configuração de um “estado de coisas inconstitucional” por meio da verificação da adequação de seus pressupostos é, sobretudo, um cenário de “omissões inconstitucionais”, sejam elas administrativas ou legislativas. Por isso, faz-se necessário um breve adendo acerca que como o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado diante desses casos que não são raros no Brasil.

3.1. O STF e os casos de omissão inconstitucional

Como o “estado de coisas inconstitucional” se verbaliza pela omissão dos entes públicos, inclusive do Poder Legislativo, é pertinente transcrever quais as posturas que o Supremo Tribunal Federal já adotou ou vem adotando em sede de Mandado de Injunção.

O Mandado de Injunção encontra-se tipificado no plano constitucional no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição, o qual dispõe que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. No plano infraconstitucional, foi aprovada pelo Congresso Nacional no ano de 2016 a Lei nº

¹ Disponível em:

<https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2965770>. Acesso em: 25 out. 2016.

13.300 que versa especificamente sobre a referida ação. Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 137) estabelece dois requisitos cumulativos para sua utilização:

1. ocorra omissão legislativa (a) que regularmente o exercício de direitos e liberdades asseguradas constitucionalmente; ou (b) para a efetividade de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, já afirmadas em legislação (ainda que infraconstitucional); 2 o dispositivo careça de norma reguladora (omissão legislativa), impedindo o exercício pelo titular da garantia constitucional acerca de liberdades e direitos, ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

No que concerne às omissões legislativas, o Supremo tem mudado seu entendimento no decorrer dos anos, deixando bastante evidente em suas decisões ao julgar mandados de injunção. Essas mudanças levaram a doutrina (BULOS, 2015, p. 791) a conceituar os efeitos do mandando de injunção em quatro teorias: i) não concretista; ii) concretista individual direta; iii) concretista individual intermediária; iv) concretista geral. Isso ocorre tanto pelo espírito evolutivo da Corte, como pela consequência da mudança de ministros, os quais, inevitavelmente, acabam por ter posicionamentos divergentes.

A princípio, o Supremo baseava-se na corrente não concretista do mandado de injunção, a qual tem apenas a finalidade de se declarar a existência da mora legislativa. Verificada a mora, o que o Supremo faz é notificar o Congresso, uma vez que ele é o órgão competente para produzir a lei, diante do princípio da separação de Poderes, como ocorreu no julgamento do MI 107/DF, sob relatoria do Ministro Moreira Alves em 1990. Bulos (2015, p. 791) comenta:

O mandado de injunção, nos primeiros vinte anos de vigência da Carta de 1988, cumpriu, de modo inglório, o seu papel. Não conseguiu limitar a arrogância discricionária dos órgãos normativos, muito menos minorou o cancro das lacunas e das pressões político-jurídicas, que fulminaram direitos fundamentais. Nessa quadra de evolução jurisprudencial, não destruiu o rochedo de bronze da prepotência e do silêncio inconstitucional. Granjeou em torno de si enorme descrédito.

A corrente concretista individual direta tem o condão de produzir efeitos apenas entre as partes envolvidas, não estendendo os efeitos para terceiros que sofram pela ausência da eficácia da norma constitucional. Já a corrente concretista individual intermediária, segundo Bulos (2015, p. 791), assim que há a procedência da ação do mandado de injunção, o STF notifica e propõe prazo para que o Congresso tome as medidas pertinentes para a elaboração da norma. Seu diferencial é que o órgão de cúpula do Judiciário não se acomoda diante a inércia constitucional, conforme se posiciona o ministro Néri da Silveira:

[...] se o Congresso Nacional não fizer a lei, em certo prazo que se estabeleça na decisão, o Supremo Tribunal Federal pode tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito in concreto. É, por isso mesmo, uma posição que concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a

possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como que a Constituição, o efetivo exercício de direito (STF, Ata da 7ª Seção Extraordinária, DJ, 1, de 4.4.1995). (SILVEIRA apud BULOS, 2015, p. 792).

Ultimamente, contudo, o Supremo tem se pautado pela corrente concretista geral, cuja sentença tem efeito *erga omnes* que, conforme explica Bulos (2015, p. 791), “[...] o Judiciário implementa o exercício do direito, mediante uma deliberação irrestrita, que vigorará até o dia em que o Poder Legislativo sanar o estado de *inércia inconstitucional*”. É o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do MI 708/DF de relatoria no ministro Gilmar Mendes, o qual se definiu pela aplicação, no que fosse pertinente, da lei grevista do setor privado aos servidores públicos.

O que se percebe é que, diante do omissão legislativo, muitos direitos fundamentais ficam em estado de deficiência e, em uma Constituição que prevê em seu artigo 5º, §1º a aplicabilidade imediata de normas atinentes a direitos e garantias fundamentais, ainda mais no caso da regulamentação da greve dos servidores públicos, cuja inércia já ultrapassava 20 anos. O ministro Gilmar Mendes, no seu voto no MI 708/DF anota que “o Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (LENZA, apud MENDES, 2012, p. 1056).

A postura adotava apenas ratifica a primazia da efetivação dos direitos fundamentais em tempos de constitucionalismo democrático, cuja sociedade não pode se limitar e usufruir de seus direitos por causa da negligência estatal (LENZA, 2012, p. 1056).

3.2 Origem e conceito do “estado de coisas inconstitucional”

Carlos Alexandre Azevedo Campos (2015), em palestra proferida no 53º Fórum Permanente de Direito Constitucional da Emerj, enquanto palestrante convidado, dedicou-se a demonstrar o que é, de onde surgiu e quais são os pressupostos para se configurar o chamado “estado de coisas inconstitucional”. Inicia esclarecendo que, no que à rotulação, ela foi apresentada pela primeira vez pela Corte Constitucional Colombiana em 1997, oportunidade em que a Corte deliberava sobre direitos previdenciários de professores de dois municípios colombianos. Trata-se da *Sentencia de Unificación (SU) – 559* de 1997 e os municípios eram *María La Baja e Zambrano*, nos quais se recusaram efetividade de direitos previdenciários a professores locais. Nesse contexto, o que foi observado pela Corte é que a desobediência à obrigação que envolvia tais direitos não se restringia a um número singular de cidadãos e que não abrangia apenas esses dois municípios, muito menos apenas as suas respectivas

autoridades. A Corte identificou que o número de professores atingidos chegava a uma quantidade de 84,16% (CAMPOS, 2015).

Diante disso, constatou-se que havia uma falha estrutural envolvendo a distribuição e concretização de direitos, e que não se tratava de uma violação de direitos de uma quantidade determinada de demandantes. Era um problema sistêmico, institucional da própria política nacional de distribuição de recursos relacionado à direitos previdenciários dos professores. Sobre esse caso, Carlos Alexandre Azevedo (2015, p.1) Campo menciona que:

Ante o reconhecimento da complexidade da situação, além de assegurar os direitos específicos dos demandantes nos respectivos fundos previdenciários locais, a CCC dirigiu-se a proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o ECI; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias.

Quando a Corte Constitucional Colombiana instaura o “estado de coisas inconstitucional”, ela não atua com embasamento nas partes que compõem o litígio, ou seja, o que se objetiva é “[...] beneficiar todos aqueles em situações similares, dirigindo ordens em face de todas as autoridades públicas cujas ações seriam necessárias para corrigir as falhas sistêmicas e estruturais”. O erro encontrado, portanto, não é imputável a um órgão específico, mas a todo um conjunto, intitulado pelo autor de “falhas estruturais” (CAMPOS, 2015, p. 2).

Além desse caso, destacam outros dois: o do sistema carcerário e o deslocamento de pessoas. Entretanto, houveram outros de menor grau significativo, como a ausência de concursos destinados à notários, a inércia de respostas a petições direcionadas à Caixa Previdenciária, no tocante à concessão de aposentadoria e a falta de políticas públicas para proteção dos defensores de direitos humanos nacionais, frente ao quadro constante de guerra civil que o país vive. Por ora, além do caso dos professores que culminou, através das medidas adotadas, na superação daquele quadro de inconstitucionalidade, outros dois casos possuem grande importância, principalmente pelo resultado que se constatou com a declaração do “estado de coisas inconstitucional”. São eles: “o sistema carcerário e o ‘deslocamento’ de pessoas em razão da violência interna” (CAMPOS, 2015).

Enquanto o “estado de inconstitucionalidade” referente a direitos previdenciários dos professores foi superação, o resultado atingido após a declaração do “estado de coisas inconstitucional” no caso do sistema carcerário colombiano foi desanimador. Não é por menos que autores colombianos afirmam que o instituto passou por três fases, relacionando-as

com os casos: a fase de descoberta, a fase de descrédito, e a fase de afeiçoamento. O sistema carcerário da Colômbia não possui problemas diferentes do que é visto aqui no Brasil, destacando-se condições precárias de saúde e alimentação e penitenciárias com um quadra de detentos muito superior ao comportado que resultava em uma clara violação de vários direitos fundamentais, o que levou a Corte Constitucional Colombiana a chamar de “tragédia diária dos cárceres” (CAMPOS, 2015).

A CCC acusou a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de “tragédia diária dos cárceres”. Ante a mais absoluta ausência de políticas públicas voltadas, ao menos, a minimizar a situação, a CCC: declarou o ECI; ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; determinou que o Governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários; exigiu aos Governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e requereu ao Presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país. A execução dessas ordens não alcançou, todavia, grande sucesso ante a falta de monitoramento, pela própria CCC, da fase de implementação da decisão. Ao fim, o papel da Corte foi, principalmente, o de chamar a atenção para o tema.

Por meio da *Sentencia de Tutela* (T) – 153 de 1998, chegou ao conhecimento da Corte a grave violação de direitos fundamentais ocorridas nas penitenciárias de Bogotá e Bellavista de Medellín. Novamente, o que foi possível observar é tais violações não eram isoladas, restritas a essas duas penitenciárias, mas era um problema sistêmico de todo o sistema carcerário colombiano, de forma generalizada. Desse modo, a declaração do “estado de coisas inconstitucional” tinha por objetivo o chamamento das autoridades responsáveis para esse quadro de violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais dentro do próprio sistema penitenciário nacional (CAMPOS, 2015).

O fracasso da medida é perceptível, pois o quadro anterior à declaração do “estado de coisas” se mantém a mesma. Por meio desse fracasso e em comparação com o que ocorreu no caso da violação de direitos previdenciários dos professores foi a falta de monitoramento da própria Corte na fase posterior à decisão. De modo diferente se deu o terceiro caso envolvendo o “estado de coisas inconstitucional”, que foi o deslocamento forçado de pessoas que ocorre com frequência no território colombiano. Como é sabido, a Colômbia convive diariamente com o narcotráfico, o qual, liderado pelas FARC, apresenta um estado de constante guerra civil em razão do comércio da droga e da tentativa de poder. Diante desse grave problema, milhares de famílias são obrigadas a se deslocarem pelo território do país em busca de locais seguros e com melhores condições de vida (CAMPOS, 2015).

Por meio da *Sentencia T* – 025, de 2004, a Corte Constitucional Colombiana, motivado por esse quadro de constante violência, tomou conhecimento que “[...] o

deslocamento interno forçado de pessoas é um fenômeno típico de países mergulhados em violência [...]” de modo que, nesse caso, “as pessoas são forçadas a migrar dentro do território colombiano, obrigadas a abandonar seus lares e suas atividades econômicas” por motivos de grande violência, falta de segurança e liberdade. Por conseguinte, na maioria desses casos, as autoridades colombianas, apesar de notificadas inúmeras vezes, não tomavam nenhuma atitude no sentido de assegurar direitos básicos a essas pessoas vulneráveis durante o período de deslocamento forçado (CAMPOS, 2015).

Na *Sentencia* T – 025, de 2004, a CCC examinou, de uma vez, 108 pedidos de tutelas formulados por 1.150 núcleos familiares deslocados. A maior parte dessa população era composta por vulneráveis como mulheres cabeças de família, menores, minorias étnicas e idosos. Argumentaram que os direitos à moradia, saúde, educação e trabalho eram absolutamente inexistentes, carecendo as vítimas do mínimo para sobreviver. A Corte conclui estarem presentes os principais fatores que caracterizam o ECI: a permanente e massiva violação de direitos fundamentais, a omissão de diferentes atores estatais que tanto implica essa violação como a mantém, o envolvimento de um número elevado de pessoas afetadas e a necessidade de a solução ser alcançada pela ação conjunta e coordenada de vários órgãos.

Diante dessa situação, ao declarar o “estado de coisas inconstitucional”, a Corte Constitucional Colombiana não tutelava e formulava remédios para as famílias em questão, sendo, portanto, mais abrangente. A partir de então, passou a tomar medidas, tendo em vista a precariedade institucional no que tange voluntariedade em sanar ou amenizar essas violações, coordenando, sem aplicar especificamente o que é não é de sua competência e, além de determinar as medidas e reter jurisdição sobre o caso, monitorando a fase executória daquilo que foi determinado. Campo (2015, p. 4) afirma que, além de declarar o “estado de coisas inconstitucional”, a Corte “exigiu atenção orçamentária especial ao problema; determinou fossem formuladas novas políticas públicas, leis e um marco regulatório eficientes para proteger” tanto os direitos individuais dos envolvidos, a dimensão objetiva desses direitos.

Com a apresentação desses casos, fica mais preciso a conceituação do “estado de coisas inconstitucional” que, na verdade, se estabelece pela existência empírica de seus pressupostos de configuração. Carlos Alexandre Azevedo Campos (2015, p. 8) explica que há na Colômbia autores que afirmam existir quatro pressupostos, e que, ainda, há outros que chegam a falar em seis pressupostos. Para o autor, a existência do “estado de coisas inconstitucional” pode ser sintetizada em apenas três. São eles a (i) “constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas;” (ii) “omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais” que evidencia uma “falha estrutural” pela falta ou

ausência de “coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias”; (iii) a necessidade de que as medidas a serem tomadas exijam “a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes”, ou seja, a necessidade de medidas estruturais.

3.3 Sentenças estruturais, separação de Poderes e ativismo estrutural dialógico

O que o “estado de coisas inconstitucional” propõe é que, diante de um quadro sistêmico de violação de direitos fundamentais decorrente da omissão de instituições, de modo a se observar falhas estruturais, seja proferida sentenças estruturais que venham a superar a inconstitucionalidade existente. É correto afirmar que o “estado de coisas inconstitucional” surgiu na Colômbia apenas em relação ao contexto e ao rótulo. Na verdade, as chamadas sentenças estruturais foram aplicadas em momento anterior à declaração do “estado de coisas inconstitucional” em 1997 pela Corte Constitucional Colombiana.

Foi nos Estados Unidos, no caso *Brown vs. Board of Education* de 1954 que surgiu a *structural reform* ou *structural injunction*. Na verdade, a medida é bastante propícia no contexto norte-americano, diante a sistemática que o *common law* apresenta, favorecendo decisões de cunho nitidamente ativista e aplicação de medidas estruturantes. Ao proferir essa decisão, a Corte de Warren determinou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas localizadas na parte sul do Estados Unidos, por ferir a princípio da igualdade contido no texto constitucional norte-americano, o qual se inseriu pela décima quarta emenda em 1868 (MORO, 2001).

Desirê Bauermann, citada por Pinho (2016, p. 234), sobre a decisão Brown, tendo se subdividido em Brown I e Brown II, ressalta que:

É importante referir que a decisão unânime tomada em Brown reconheceu o direito das crianças negras de receber educação igual à concedida às crianças de outras raças e impediu a não aceitação de matrícula em virtude exclusivamente da cor da pele. Contudo, a decisão não fixou a forma como tal objetivo seria atingido. Apenas praticamente um ano depois, com o julgamento de outra ação, denominada Brown II, restou determinado que os tribunais regionais dispõem de amplos poderes de *equity* para alcançar o desiderato de afastar a segregação das escolas na prática, desenvolvendo e impondo políticas públicas para tanto e dispondo de recursos financeiros para tal. Por isso, temos que o caso *Brown v. Board of Education*, conforme rapidamente referido, serviu de marco para se reconhecer o ativismo judicial, entendendo-se que cabe, sim, ao Judiciário determinar a adoção de políticas públicas para garantir o cumprimento dos valores constitucionalmente garantidos se as políticas adotadas pelo Executivo não forem aptas para tanto.

Para sintetizar o caso Brown e a sua relevância para as decisões estruturais e para a declaração da inconstitucionalidade da lei *Louisiana's Separate Car Act*, que legalizada a separação de pessoas baseado na cor da pele, Campos (2015, p. 6) assevera, baseado em Russel Weaver que:

Os remédios estruturais tiveram origem nas decisões da Suprema Corte norte-americana para implementar *Brown* [*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)]. Não podendo determinar o fim da segregação racial de imediato, ante as reações negativas dos Estados do Sul, a Suprema Corte determinou a implementação aos poucos sob a supervisão contínua das cortes distritais. Nos Estados Unidos, os remédios estruturais também foram utilizados para a reestruturação de escolas distritais, de presídios e de instituições de saúde para tratamento dos mentalmente incapacitados. Para tanto, as cortes norte-americanas interferiram na formulação e implementação de políticas públicas, bem como sobre as prioridades orçamentárias.

Apresentado esse contexto, bem como a origem das sentenças estruturais, Campos (2015) relaciona o “estado de coisas inconstitucional” com as demandas de caráter estrutural. Para o autor, demandas provenientes de falhas estruturais necessitam de remédios estruturais, de modo que a legitimidade advém da necessidade. Afirma que as sentenças estruturais não tem por escopo a prevenção, mas buscam afastar a continuidade da violação de direitos a partir de remédios transformativos do sistema em mau funcionamento, alcançando uma larga escala, e não meras obrigações de fazer de ordem individuais.

Ao se aplicar remédios estruturais em casos de declaração do “estado de coisas inconstitucional”, denota-se a utilização do chamado ativismo judicial estrutural. Isso é devido à inércia dos demais Poderes frente à violação de direitos fundamentais, o que corrobora com o seu agravamento, culminando, muitas vezes, em quadros sistemáticos sem a menor pretensão de se discutir sobre a realidade apresentada (CAMPOS, 2015).

Ao se defender a ampliação da alçada jurisdicional diante da omissão inconstitucional, principalmente em razão de decisões estruturais que abarcam outros Poderes, bem como do nítido ativismo judicial que o “estado de coisas inconstitucional” se fundamenta, questiona-se acerca do perigo de se gerar uma supremacia judicial. Campos (2015) ressalta que, para que isso não ocorra, a tutela jurisdicional feita pela Corte Constitucional deve se estabelecer por meio de uma perspectiva dialógica.

A ideia é assegurar a proteção mais abrangente possível aos direitos fundamentais, mormente se presente um estado de coisas inconstitucional, mas sem unilateralismos decisórios. Desse modo, seguirá uma proposta geral que procura, ao mesmo tempo, ampliar a proteção dos direitos fundamentais e garantir o equilíbrio institucional para essa tarefa, próprio de um governo democrático e de poderes constitucionalmente separados (CAMPOS, 2015, p. 22)

Complementa dizendo que no caso colombiano, a Corte Constitucional utilizou-se do parâmetros da decisão Brown da Suprema Corte norte-americana em transformar instituições,

mas a revitaliza com a inserção de um caráter dialógico. Para Campos (2015), esse modelo de remédios estruturais com fulcro dialógico tem consequências transformativas, pois a Corte passa adotar técnicas de ordens flexíveis, sem formular diretamente as políticas públicas, ou detalhá-las.

A Corte, portanto, fixa parâmetros e prazos para a superação do quadro de inconstitucionalidade, de modo que os Poderes envolvidos, legitimados pelas suas capacidades próprias realizem políticas públicas. Por conseguinte, a corte não anula ou invade a legitimidade dos outros Poderes, apenas atua como “catalizador” da superação do “estado de coisas inconstitucional”, principalmente pela inércia que os Poderes legitimados constitucionalmente mantiveram por muito tempo. Campos (2015, p. 22) assim denomina de “ativismo judicial estrutural dialógico” e acrescenta:

Para ser legítimo, o ativismo judicial deve ser dialógico. A superação do estado de coisas inconstitucional, pelo fato de este decorrer de falhas estruturais, apenas é possível por meio de “remédios estruturais”, dirigidos a um número abrangente de atores políticos e buscando coordenar as ações dessas autoridades na tarefa de assegurar a proteção eficiente de direitos. Para serem dialógicos, esses remédios estruturais, no entanto, devem ser caracterizados como ordens flexíveis, que fixem objetivos a serem alcançados sem excluir os espaços próprios de deliberação política e técnica dos outros poderes sobre os meios.

Assevera, inclusive, que esse ativismo de cunho dialógico se preceitua pela realização de audiências públicas periódicas, que visa debater juntamente com a sociedade civil interessada quais são as melhores medidas e, com o seu cumprimento, quais serão os próximos passos que necessitam ser tomados. As audiências, para Campos (2015), reafirmam o viés democrático do instituto, superando bloqueios deliberativos, uma vez que as audiências públicas de monitoramento proporcionam uma discussão direta com as partes interessadas.

Além disso, Campos afirma que o “estado de coisas inconstitucional” proporciona a superação de bloqueios políticos e institucionais. O primeiro se deve pelo fato de ser possível alcançar questões que politicamente não são atrativas, como minorias e grupos vulneráveis. O segundo se forma pela consequente coordenação que se estabelece entre os Poderes, de modo que, o aspecto dialógico torna ativismo judicial estrutural legítimo (CAMPOS, 2015).

O ECI é sempre o resultado de situações concretas de paralisia parlamentar ou administrativa sobre determinadas matérias. O ativismo judicial estrutural revela-se, assim, o único instrumento, ainda que longe do ideal em uma democracia, para superar esses bloqueios e fazer a máquina estatal funcionar. No ECI, operam desacordos políticos e institucionais insuperáveis, a falta de coordenação entre órgãos do Estado, pontos cegos legislativos, temores de custos políticos e falta de interesse na representação de certos grupos sociais minoritários ou marginalizados (CAMPOS, 2015, p. 7)

Críticas surgem ao passo que novas teorias são criadas, sobretudo aquelas que são importadas. Campos (2015) tece alguns possíveis críticas ao “estado de coisas inconstitucional”, tornando-se relevante a questão da violação da separação de Poderes e da ubiquidade que a aplicação desse instituto pode ocasionar. Outras críticas surgem, como a falta de legitimidade democrática e o subjetivismo decisório. Ressalta-se que não dissonância em relação a possíveis perigos inerentes ao instituto, principalmente no tocante à separação de Poderes e à democracia, mas que são refutados que houver a adequação necessária para a superação da violação de direitos fundamentais.

Primeiramente, as críticas formuladas aos “estado de coisas inconstitucional” referente à separação de Poderes ocorre pelo fato de que ele é uma forma de ativismo judicial e, por simetria, o ativismo judicial também sofre críticas por suposta deturpação da tripartição de Poderes. Campos (2015), ao refutar a tese que o “estado de coisas inconstitucional” viola o princípio separatista, menciona que isso varia de acordo com a perspectiva de separação adotada. Ele não entende a separação de poderes, do ponto de vista contemporâneo, como alto estático, de poderes adversários, que não podem dialogar e que atuam de forma apartada. Defende, por conseguinte, um sistema de separação de poderes que se comunicam, que dialogam, e que compartilham autoridade, mas cada um dentro de sua própria expertise e em razão dos direitos fundamentais.

Argumenta e expõe seu raciocínio sob a seguinte perspectiva: ao passo que há direitos fundamentais sendo violados, a invocação da separação de Poderes não pode ser utilizada como óbice à tentativa de corrigir esses fatos que são inconstitucionais pelos seus próprios fundamentos. Isso significaria, para o autor, uma inversão da própria separação, uma vez que, no contexto contemporâneo, ela deve ser instrumentalizada em relação aos direitos fundamentais. Além disso, ressalta que é equivocada a ideia de que, por meio do “estado de coisas inconstitucional”, as Cortes Constitucionais passam a realizar políticas públicas, pois, ao se aplicar o instituto, o papel realizado pela Corte é de “catalisar”, movimentar ou tirar da inércia aqueles que deveriam agir, e não de fazer políticas públicas (CAMPOS, 2015).

Outro contraponto que o autor evidencia é que, mesmo partindo de uma concepção tradicional da separação de Poderes, não há que se falar na sua violação, uma vez a perspectiva de separação de cunho liberal tem por escopo, na sua gênese, a desconcentração do poder e que, entender que poderes políticos se omitam e que permaneçam em inércia reiterada, ao passo que direitos fundamentais estão sendo violados, de modo que se legitime a

não intervenção judicial em detrimento de direitos fundamentais é, por consequência, permitir a concentração de poder (CAMPOS, 2015).

No que tange à ubiquidade, ou seja, a utilização desenfreada do “estado de coisas inconstitucional”, Campos (2015) explica que não como se utilizar de modo exagerado o procedimento previsto no instituto desde que seja obedecida, de forma criteriosa, a configuração dos seus pressupostos no plano fático. O rigor na aplicação dos pressupostos tem por consequência a inócuência da ubiquidade do “instituto. Diante disso, não se torna aplicável o “estado de coisas” pela via difusa, pois esta não disponibiliza de técnicas processuais adequadas, haja vista a impossibilidade de medidas estruturais em larga escala em virtude do envolvimento de Poderes e atores que ações ordinárias e até mesmo ações civis públicas não possuem o condão de abarcar.

O autor se posiciona no sentido que o único meio adequado, no Brasil, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), sendo possível, talvez com o que Campos chama de “inovação processual”, por meio de recursos extraordinários reconhecidos por meio de repercussão geral, em razão da abrangência territorial. Finaliza dizendo que, pela própria amplitude do problema e dos atores envolvidos, é inviável a utilização do “estado de coisas inconstitucional” pelo controle difuso, tornando-se um instrumento de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Há, também, uma possível crítica sobre a legitimidade democrática do “estado de coisas inconstitucional”. Sobre isso, cumpre ressaltar o papel contra majoritário da jurisdição constitucional e que, normalmente as pessoas atingidas pelo “estado de coisas” são desprovidas de representação política e, sobre o ponto de vista da realização de audiências e do constante monitoramento exercido pela Corte resulta no favorecimento da democracia deliberativa. Além disso, Campos (2015) defende que, para se evitar a desobediência dos poderes políticos, é preciso que se mantenha a ideia de ordens flexíveis para se chegar a superação do “estado de coisas inconstitucional” (CAMPOS, 2015).

3.4 ADPF 347/DF e o sistema carcerário brasileiro

A questão da admissibilidade do “estado de coisas inconstitucional” passa, segundo Campos (2015, p. 25), por requisitos institucionais e políticos. No tocante ao organismo constitucional brasileiro, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, inseriu-se um extenso rol de direitos fundamentais, expressos tanto como normas-regra e normas-princípio, em que essas últimas possui elevado grau de vagueza e indeterminação.

Há, também, “a distribuição vertical de poderes entre os governos de diferentes níveis da Federação e a separação horizontal de poderes, presentes o Executivo, o Legislativo e o Judiciário” (CAMPOS, 2015, p. 25).

O constituindo, nesse liame, buscou assegurar direitos fundamentais “[...] não apenas como direitos subjetivos, mas como ‘elementos da ordem jurídica objetiva da comunidade’”. Campos (2015, p. 25) ainda ensina que “[...] a declaração do estado de coisas inconstitucional é a defesa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais”. Acerca dos mecanismos institucionais para a promoção do “estado de coisas inconstitucional”, o autor defende a utilização do mandado de injunção em sede de remédios estruturais relacionadas à omissão legislativa e administrativa, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o recurso extraordinário com repercussão geral. Explica:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental talvez seja a melhor medida para atacar o estado de coisas inconstitucional ante a sua natureza de processo objetivo e a abrangência de sua aplicação, o que permite maior utilidade frente a inconstitucionalidade decorrente de falhas estruturais. Criada pela Lei 9.982/99, o Supremo pode, por meio da ADPF, julgar de forma originária lesão ou evitar lesão a preceito fundamental por ato normativo ou por lei federal, estadual ou municipal, mesmo se anteriores à Constituição de 1988. A figura do ato normativo é abrangente, incluída a omissão normativa, de modo que, podendo derivar de qualquer das três esferas federativas ou das três conjuntamente, a ADPF credencia-se como melhor remédio contra violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais. (CAMPOS, 2015, p. 26).

Nesse contexto, Ronaldo J. Vieira Junior (2015, p. 5) traça breve perspectiva histórica do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, principalmente em sede de controle concentrado, o qual se forma pelas ações diretas (ADI, ADO e ADC), Mandado de Injunção (MI) e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). No início, a postura adotada pela Suprema Corte caracterizava-se de forma bastante tradicional, atuação basicamente como “legislador negativo”, assunto tratado no capítulo 2 deste trabalho. Resumidamente, o Supremo Tribunal Federal de limita à suspensão e à eliminação de normas que entendia padecer de vícios de inconstitucionalidade.

Com o passar dos anos, a Corte começou a adotar posturas “positivas” em seus julgamentos. Isso aconteceu principalmente quando o Supremo abordou a questão da tutela jurisdicional das políticas públicas em detrimento da postura de “autocontenção” que adotava costumeiramente. Além disso, percebeu-se nas decisões da Corte uma forte influência do constitucionalismo alemão, no que tange ao uso de técnicas pautadas na “declaração de inconstitucionalidade das normas sem redução de texto, na adoção da declaração de constitucionalidade conforme o texto constitucional, no apelo ao legislador, entre outras” (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 6)

No momento anterior a essa “virada jurisprudencial”, a autocontenção baseava-se no entendimento do princípio da separação de Poderes de maneira intransigível a fim de resguardar a harmonia entre os entes. Dessa forma, as políticas públicas não adentravam nas pautas de julgamento da Corte. Posteriormente, surgiu forte corrente que entendia “[...] ser a ADPF instrumento idôneo a viabilizar a concretização de políticas públicas previstas expressamente no texto constitucional”, o que convencionou denominar de “dimensão política do controle de constitucionalidade” (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 6).

Imperioso mencionar que isso de destacou no julgamento da ADPF nº 45 no ano de 2004, no qual o ministro Celso de Mello, em excertos, asseverou:

[...] não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais [...]sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. [...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas. [...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (BRASIL, 2004).

Assim, o julgamento da ADPF nº 45 proferiu perspectivas hermenêuticas que vieram a se corporificar na ADPF nº 347, a qual declarou a existência do “estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, devido à violação sistêmica de direitos fundamentais devido à “falência” do próprio sistema penitenciário. Como pode ser percebido no voto do ministro Celso de Melo, a ADPF é meio hábil a se discutir políticas públicas pela via concentrada, principalmente em decorrência da constante inércia dos demais poderes públicos em sanar a violação a esses direitos que ganharam destaque ao alcançar patamar constitucional diante do texto promulgado em 1988.

Não é difícil de enumerar, mesmo sem nenhum aprofundamento teórico e científico, uma quantidade enorme de direitos fundamentais constantemente violados nas penitenciárias brasileiras. Além da violação diária, o sistema carcerário enfrentou outro problema: o descaso dos entes públicos. Dentro todos os problemas, destaca-se a superlotação, em que os detentos vivem em condições degradantes de saúde, higiene, alimentação, etc. O quadro piora quando

se direciona para a condição de grupos vulneráveis, que abrange mulheres, pessoas com deficiência física, idosos e homossexuais. Campos (2015, p. 32) destaca que:

Pesquisando sobre diferentes bases de dados, máxime a da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009) e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos apontou, em seu estudo sobre o tema, as várias formas de violação de diversos direitos fundamentais dos presos. Segundo os pesquisadores, a população carcerária, em sua maioria pobres e negros, beira as 570 mil pessoas, sendo a maior parte sujeita às seguintes violações de direitos: “superlotação, tortura, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, corrupção, deficiência no acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle estatal sobre o cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual”.

Com fundamento nesses estudos, foi ajuizada no Supremo a ADPF nº 45, cuja redação conta, entre seus elaboradores, o professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Daniel Sarmento. Impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a ação, com pedido cautelar, objetivava a declaração de um “estado de coisas inconstitucional” referente ao quadro de violação generalizada de direitos fundamentais presente no sistema penitenciário brasileiro. Trecho da petição menciona que:

Este estado calamitoso do nosso sistema penitenciário é reconhecido também no STF. O Presidente Ricardo Lewandowski - que, no âmbito do CNJ, vem capitaneando importantes iniciativas nessa área -, apontou, em discurso, a situação como um dos dois grandes problemas com que se depara o Poder Judiciário brasileiro na atualidade. O decano da Corte, Ministro Celso de Mello, já ressaltou o “descaso, negligência e total indiferença do Estado” em relação à situação extrema das penitenciárias brasileiras, destacando que “a pessoa sentenciada acaba por sofrer penas sequer previstas pelo Código Penal, que a nossa ordem jurídica repudia”. Em artigo doutrinário, o Ministro Gilmar Mendes destacou “as péssimas condições dos presídios, que vão desde instalações inadequadas até maus-tratos, agressões sexuais, promiscuidade, corrupção e inúmeros abusos de autoridade, verdadeiras escolas do crime controladas por facções criminosas”. Em voto recente, o Ministro Teori Zavascki invocou o magistério de Heleno Fragoso, para afirmar que “em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis”, e que, na prática, “os presos não têm direitos”. Nesse mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto proferido no mesmo caso, afirmou que “a superpopulação e a precariedade das condições dos presídios correspondem a problemas estruturais e sistêmicos de grande complexidade e magnitude, que resultam de deficiências crônicas do sistema prisional brasileiro.” Enfim, todos sabem do descalabro do sistema carcerário brasileiro, sendo fato notório e inquestionável a gravidade das violações aos direitos humanos dos presos. (BRASIL, 2004).

Por alto, não é difícil mencionar que o quadro de violações de direitos nas penitenciárias brasileira atinge gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado o cerne do nosso ordenamento constitucional, tipificado no artigo 1º, inciso III da Constituição, além da constante tortura e do tratamento desumano e degradante. São fatos que

ferem a ordem constitucional e democrática vigente e, além disso, não há sequer perspectiva de mudança para um sistema já considerado falido.

Campos (2015, p. 42) afirma que “o tratamento desumano, além de grave violação à ordem objetiva dos direitos fundamentais, faz surgir a pretensão individual dos presos tanto às condições mínimas do cárcere, quanto à reparação pelos danos causados pelas instituições precárias e pela superlotação”. Além disso, não é difícil demonstrar que o sistema penitenciário brasileiro atende aos requisitos de configuração do “estado de coisas inconstitucional”, quais sejam (i) a “violação massiva e generalizada de direitos fundamentais dos presos quanto à dignidade, higidez e integridade psíquica”; (ii) a “omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de garantia dos direitos dos presos” relacionado a “falhas estruturais”; (iii) o “alcance orgânico do conjunto de medidas necessárias para a superação do quadro de violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais”, uma vez que abarca a “atuação de diversos órgãos”, de modo que “a solução requer remédios estruturais”. Vieira Júnior (2015, p. 21), ainda sintetiza:

É ainda reduzida a produção doutrinária e a jurisprudência sobre o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”. É possível identificar, contudo, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015), alguns pressupostos considerados essenciais para seu reconhecimento: i) a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas; ii) a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; e iii) a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes.

Exposto isso, cabe transcrever a lista de pedidos que constam na cautelar da ação, que foi julgada, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, no dia 08.09.2015:

a) Determine a todos os juízes e tribunais que, em cada caso de decretação ou manutenção de prisão provisória, motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal; **b) Reconheça a aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão;** c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão; e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena,

quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção; g) Determine ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários, de modo a viabilizar a pronta revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas “e” e “f” acima; **h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.** (BRASIL, 2015, grifos nossos).

Em relação aos pedidos, na decisão foi deferida as alíneas “b” e “h”, bem como “a proposta do Ministro Roberto Barroso de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional [...]”. Vale destacar que essa foi a decisão da medida cautelar na ADPF 347, que culminou na declaração do “estado de coisas inconstitucional” aqui no Brasil.

Campos (2015) comenta que, em relação à Colômbia, o desenvolvimento da ADPF 347 é bastante tímido que, por enquanto, tem se limitado à receber ofícios e pareceres dos Estados-membros e da União, acerca da real situação das suas respectivas penitenciárias. Um dos objetivos é o descontingenciamento da quantia “estagnada” no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) que, por haver procedimentos extremamente burocráticos, inviabiliza a distribuição de recursos. Diante do quadro de calamidade que vive o sistema carcerário, chega ao absurdo o contingenciamento da quantia de 2,2 milhões de reais que poderiam ser utilizados na tentativa de superação desse quadro (SARMENTO, ADPF 347, 2015, p. 50). (BRASIL, 2015).

O que se espera é que, por meio de uma maior comunicação entre os Poderes, os direitos fundamentais sejam definitivamente colocados em pauta e que sua violação seja sanada assim como a omissão dos entes públicos. O grande diferencial do “estado de coisas inconstitucional” é o procedimento. O método dialógico e o monitoramento podem ser, senão uma solução, uma tentativa de se superar não apenas esse, mas os vários “estados de coisas inconstitucional” que existem no Brasil. A vontade da Constituição é o que deve mover os poderes constituídos, a fim de se concretizar as esperanças que sua promulgação trouxe a um país marcado pela ruptura democrática e pelo constante atentado aos direitos fundamentais. É

apenas um caminho proposto à jurisdição constitucional, cujo resultado só pode ser conhecido se as oportunidades forem aproveitadas. Entre a inércia e movimento, há direitos violados, opressão e medo. Entre esses dois extremos, o movimento é o caminho que, embora mais longo, é o mais democrático e, portanto, o que deve ser seguido.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo, enquanto mecanismo de tutela de liberdades e limitação do poder, foi bastante marcado pelo término da Segunda Guerra Mundial, o qual deixou cicatrizes e traumas. Esse cenário influenciou na seara jurídica, em que predominava a visão positivista do direito, culminando na aproximação da valoração ética e do direito. Além disso, observou-se a importância da positivação dos direitos fundamentais, os quais ganharam importante relevância com a sua readequação a nível constitucional.

A proteção desses direitos ficou encarregada de ser realizada pelos Tribunais Constitucionais que, conseqüentemente, tiveram uma nítida ascensão institucional no final do século XX. Nesse contexto, foi necessário se abordar o método de interpretação da Constituição, uma vez que, diante da rigidez constitucional e adesão à normas de cunho principiológico, a hermenêutica positivista não mais se adequava às novas necessidades.

Com as novas nuances propostas pela hermenêutica constitucional, houve um certo conflito com o princípio da separação de Poderes, uma vez que, em sede de jurisdição constitucional, ganhou destaque o direito norte-americano, o qual defende uma posição mais ativa do órgão julgador. Enquanto o *judicial review*, também denominado de controle difuso, predominou nos Estados Unidos, o modelo proposto por Kelsen, concentrado, ocupou praticamente toda a Europa. Partindo de uma premissa ampla, a jurisdição constitucional não se resume exclusivamente ao exercício do controle de constitucionalidade dos atos do poder público, mas de toda controvérsia que esteja amparada na Constituição.

Ocorre que, há certa dualidade, diante do fato de que o controle concentrado de constitucionalidade foi alicerçado sobre o conceito de atuação do Judiciário como “legislador negativo”, principalmente em decorrência da separação de Poderes. Com a inclusão de princípios constitucionais mais abertos, foi demandada a adoção de novos mecanismos de interpretação, de modo que, no Brasil, inseriu-se na pauta do Supremo Tribunal Federal a questão das políticas públicas, já que, por muitas vezes, elas viabilizam a efetivação dos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se uma relativização da separação de Poderes se comparado ao modelo clássico, também como forma de se garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

O ativismo judicial, nesse contexto, tem grande influência do direito norte-americano, baseado no *common law*, o qual coloca em patamar elevado as decisões proferidas pelos seus tribunais. A ideia do ativismo judicial está em uma atitude mais ativa do Judiciário,

como forma de dar maior efetividade aos valores e fins constitucionais. Entretanto, ele também sofre fortes críticas em decorrência do avanço do Judiciário nas funções de outros Poderes, principalmente o Poder Legislativo. É necessário, portanto, que essa atividade não caia em subjetivismo decisório, uma vez que o positivismo não foi superado, mas sim renovado, de modo que a lei garanta cientificidade jurídica e o Estado Constitucional de Direito se estrutura pela separação de Poderes, com funções e competências tipificadas pelo próprio texto constitucional.

Em tempos de ativismo, por meio da ADPF 347/DF, adentrou no Brasil um instituto cuja nomenclatura se originou na Corte Constitucional Colombiana chamado “estado de coisas inconstitucional”. Em síntese, o “estado de coisas inconstitucional” visa a superação de violações massivas de direitos fundamentais em decorrência de falhas estruturais de todo um sistema, bem como devido à constante omissão do poder público. A grande relevância do “estado de coisas inconstitucional” é o procedimento que o constitui, caracterizado por medidas estruturais, envolvendo todos os Poderes atinentes à demanda. Por causa disso, sua concretização foi chamado de ativismo judicial estrutural dialógico, o qual, pela ADPF 347/DF, visa a superação da situação degradante vivenciada nas penitenciárias brasileiras, onde é expressiva a violação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar?. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 7, n. 12, p. 196-214, jan.-jun., 2015. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista13/valeGeorgesRafael.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2016.
- AGRA, Walber de Moura; BRITTO, Thays Oliveira de. Neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2012.
- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Decisões estruturais e argumentação. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa36dd3f38345315> Acesso em 27 de out de 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011a.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2011b.
- _____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 29 de junho de 2016.
- BITTAR, Eduardo. **O direito na pós-modernidade: e reflexões frankfurtianas**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Forense Universitária, 2003.
- BRANDÃO, Rodrigo. **O STF e o dogma do legislador negativo**. Disponível em: www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/download/385/346. Acesso em 21 out. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Informativo STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> Acesso em: 31 out. 2016.
- _____. **Supremo Tribunal Federal. Ementas dos acórdãos citados no texto**. Disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>.

BRITTO, Ayres. **Ativismo judicial e proatividade interpretativa: do sujeito cognoscente ao sujeito cognoscível**. Disponível em <https://www.eventials.com/LFG/ativismo-judicial-e-proatividade-interpretativa-do-sujeito-cognoscente-ao-objeto-cognoscivel/?autosubmit=true#> = . Acesso em 21 out. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os último julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional – tese de doutorado em direito público**. Disponível em https://www.academia.edu/15142674/Da_Inconstitucionalidade_por_Omiss%C3%A3o_ao_Estado_de_Coisas_Inconstitucional_.2015.Tese_de_Doutorado_em_Direito_P%C3%BAblico . Acesso em 26 de outubro de 2016.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em https://www.academia.edu/12487042/Estado_de_Coisas_Inconstitucional Acesso em 27 de outubro de 2016.

_____. **Vídeo (youtube): palestra EMERJ: estado de coisas inconstitucional**. Disponível em https://www.academia.edu/21137606/V%C3%8DDEO_YOUTUBE_PALESTRA_EMERJ_-_ESTADO_DE_COISAS_INCONSTITUCIONAL Acesso em 27 de outubro de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____. **Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales**. Disponível em <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319#preview> Acesso em: 20 de outubro de 2016.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Orgs.). **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica)**. Artigos Direito GV. São Paulo: Direito GV, n. 17, mar. 2008. Disponível na internet: <http://hdl.handle.net/10438/2856>. Acesso em: 29 de junho de 2016.

_____. Significado e atualidade da separação de poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.).

Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho.** In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Fernandez Ciudad: S. L., 2009.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito.** Curitiba: Juará, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LORENZETTO, Bruno Menezes. **O debate sobre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição.** Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf
Acesso em 30 de outubro de 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. Os horizontes filosóficos do neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JR, Fredie. **Ações constitucionais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito Fundamental à Saúde e a Reserva do Possível. 2014. 394 f. tese (Doutorado em Direito Constitucional)** – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Do positivismo ao neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcio (Orgs.). **20 anos da Constituição brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MORO, Sergio Fernando. **A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren.** Disponível em <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1802/1499> Acesso em 27 de outubro de 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; CORTES, Victor Augusto Passos Villani. **As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.**

Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/11920/9333>> Acesso em 27 out. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Petição inicial – ADPF 347**. Disponível em <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf> Acesso em 27 de outubro de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. **Separação de Poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186> Acesso em 28 de outubro de 2016.