

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA**

Luana Silva de Queiroz

**TEORIA CLÁSSICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: considerações acerca do
ativismo judicial**

PARANAÍBA - MS

2017

Luana Silva de Queiroz

**TEORIA CLÁSSICA DA DIVISÃO DOS PODERES: considerações acerca do ativismo
judicial**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba como exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Muraro Novais.

Paranaíba – MS

2017

Q44t Queiroz, Luana Silva de
Teoria clássica da separação dos poderes: considerações acerca do
ativismo judicial/ Luana Silva de Queiroz. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.
73f.; 30 cm.

Orientador: Prof Dr. Fábriço Muraro Novais.

Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade
Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Ativismo judicial. 2. Separação dos poderes. I. Queiroz, Luana
Silva de. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de
Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 347.01281

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

LUANA SILVA DE QUEIROZ

**TEORIA CLÁSSICA DA DIVISÃO DOS PODERES: considerações acerca do ativismo
judicial**

Este exemplar corresponde à redação do trabalho de Conclusão de Curso apresentado para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovada em/...../.....

BANCA EXAMINADORA

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

Dr. Ronaldo Vieira Francisco
Promotor de Justiça

Prof. Esp. Roberto Carlos Alves de Oliveira Júnior
Membro do Ministério Público Estadual

À minha família:
João, Simone, Paula e João Pedro,
pois, se eu vivesse para sempre e todos os meus
sonhos se tornassem realidade minhas memórias de amor seriam de vocês.

AGRADECIMENTOS

A graduação é tão árdua quanto enriquecedora, não só pelos óbices do processo de aprendizagem, formação do conhecimento e altos e baixos do curso, mas também pelo crescimento pessoal. No meu caso, pela passagem da adolescência para a vida adulta e por todas as experiências ao longo destes cinco anos, pelas quais, fico feliz em dizer, me tornaram mulher, assim como diz a filósofa.

A priori, tenho de agradecer àqueles que amo incondicionalmente: minha família, meus pais, João e Simone, por serem meus alicerces desde a infância, bem como a base de minha construção moral; por me ensinarem que a vida requer muita luta, honestidade, humildade e amor; a vocês minha eterna gratidão, espero que um dia eu possa retribuir à altura e orgulhá-los.

À minha irmã mais velha, Paula, por todas as risadas e choros que constaram de nossa infância até hoje; pela comida maravilhosa de todos os dias; e por estar sempre disponível para me socorrer nas situações mais inusitadas possíveis.

Ao João Pedro, meu irmão, filho e amigo, meu presente de Deus. Nada nesse mundo enche meu coração de amor e ternura quanto te ver crescendo. Muito obrigada por existir e tornar meus dias melhores.

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), direção e administração, que me oportunizaram a conclusão deste curso, meio pelo qual vislumbro novas possibilidades de vida.

Ao corpo docente desta instituição, especialmente, Carlos Augusto, Roberto Almeida, Roberto Oliveira e Marília, pelo comprometimento com o ensino jurídico e, por muitas vezes, ampliarem meus horizontes.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Fabrício Muraro Novais, pessoa de conhecimento singular e por quem mantenho grande admiração, pelo suporte, amizade, tempo dedicado a mim, e pelas conversas próprias da orientação que me proporcionaram um grande avanço pessoal e acadêmico.

Aos amigos do Ministério Público Estadual, instituição em que tive a honra de estagiar pelo período de 02 (dois) anos, onde angariei vivência da prática jurídica, agradeço-os imensamente. Ao Promotor Dr. Ronaldo Vieira Francisco, pelos ensinamentos que me foram passados e, também, às pessoas que, além de toda paciência comigo, tornaram meu período de estágio prazeroso, enriquecedor e divertido: Vivian, Carla, Flávia, Murilo, Sargentos Brito e Vilésio, e Dona Eremita.

Diz Jon Krakauer: “A felicidade só é real quando compartilhada”, logo, meus queridos amigos: Milton, Beatriz Lourenço, Pedro Henrique, Beatriz Furlan, Déborah, Everson, Natália Queiroz, Vinícius, Otávio, Thiago Camargo, Carla, Nathália Blockwitz, Leandro, Caio, Mayala, Daniel, Elias, Matheus, Pe. Lucimar e meus Tubarões e “Peixinhas”, reservo este espaço para agradecê-los, pelos fortes sentimentos; pelo apoio; pelas risadas e loucuras; pelo carinho; e por todos os momentos em que marcaram minha memória.

Oportunamente, não posso deixar de mencionar a graça que tive em ter conhecido tantas pessoas durante a graduação, pois, cada uma, em sua particularidade, me ensinou algo diferente.

À Julia Rocha, amiga que a faculdade me deu, pessoa que, prontamente, mostrou-se tão amável quanto culta, acolhedora e inteligente, alguém que eu quero manter sempre em minha vida, meus sinceros agradecimentos e consideração.

Estendo meus saudosos cumprimentos a Larissa, Iully, Rayane, Dieimi, Gabriel, Raniel, Cássia, Janaína, Karina e Ednilson, pela companhia em turma, e por nossa amizade para a vida.

Ao Rudiere, caso sério, caso à parte, linha tênue de minhas vontades entre o lícito e o ilícito em cinco anos, certo que me lembrarei de você, seja pelo gênio forte ou pelas risadas e choros que compartilhamos. De toda forma, obrigada.

Por fim, agradeço a todos que de forma direta ou indireta contribuíram para minha formação neste curso de Direito.

Se concentre, meu amigo
No impulso que nos faz cantar
E faz brotar a poesia sempre devagar
E é devagar que se desfaz
Todo medo
Que insiste em apertar os nós
Mas meu amigo
Reconhece-te a ti mesmo
Dê valor ao caminho que te escolhe
Palavras têm poder
E os rastros que deixamos por aí
Depressa vão chegar ao infinito.

Lembrete – Graveola e o Lixo Polifônico

RESUMO

O ativismo judicial consiste em tema hodierno e de alto valor nas searas jurídicas. Descrito por muitos como a transgressão dos limites impostos pela lei à atividade judiciária por meio de métodos de interpretação e aplicação de normas, especialmente, aquelas de status de direito fundamental. Faz-se necessário, portanto, abordar as nuances que ensejaram a eclosão deste fenômeno, as quais serão explanadas com o necessário fundamento em pesquisas bibliográficas de autores nacionais e estrangeiros e, de mesma maneira, em revistas e artigos acerca do ativismo judicial e temas correlatos. Avulta de relevância mencionar ainda, que Teoria Clássica da Separação dos Poderes como o apontamento de funções a serem realizadas pelo Estado, mediante atividade de órgãos reciprocamente fiscalizados, e adotada como fundamento em diversas constituições modernas, com as mudanças paradigmáticas advindas da II Grande Guerra e, no Brasil, após o período ditatorial, sofreu alterações significativas no que tange aos deveres e limites de cada Órgão de Poder, tornando-se sua releitura tema intrínseco ao ativismo judicial. Neste contexto, a maior tutela de direitos fundamentais pela Constituição de 1988 e as demais incumbências atribuídas ao Poder Judiciário contribuíram imponentemente para o “agigantamento” deste órgão frente aos demais.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação de Poderes. Mudanças paradigmáticas.

ABSTRACT

The judicial activism consists on a hodiernal theme and high valued on juridical scope. Described by many as the transgression of limits imposed by law to the judicial activity by methods of interpretation and application of rules, specially, that with fundamental law level. Makes necessary, therefore, approaches the nuances that they gave outbreak of this phenomenon, that will be explained with the necessary foundation in bibliographic searches of national and foreign authors and, by the same way, in magazines and articles about the judicial activism and correlate themes. Enhance relevance to mention, that the Classical Theory of Split of Power with the appointment of duties to be carried out by the State, through the activity of public agencies mutually inspected, and adopted as fundamente in many modern constitutions, with the paradimatic changes brought by the Second World War and, in Brazil, after the dictatorial period, has experienced significant changes about the limits of each Organ of Power, making its reading intrinsic to the judicial activism. On this subject, the higher protection of fundamental rights brought by the Constitutions of 1988 and the another attributed assignmentes to the Judiciary contributed hugely for the “enlargement” of this organ front to the others.

Keywords: Judicial activism. Split of Power. Paradimatic changes.

LISTA DE SIGLAS

ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal

CRFB – Constituição de República Federativa do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA TEORIA DO ESTADO, SEPARAÇÃO CLÁSSICA DOS PODERES E EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO	13
1.1 Do Estado	13
1.2 Da Teoria da Separação dos Poderes	14
1.2.1 A separação dos Poderes como princípio	17
1.2.2 Da separação dos Poderes e sua evolução	19
1.3 Considerações preliminares acerca do Constitucionalismo sob a ótica de Gomes Canotilho	23
1.4 O Constitucionalismo	25
1.4.1 Breve retrospecto histórico e o Constitucionalismo Moderno	26
1.4.2 O “neoconstitucionalismo e sua problemática.....	28
2 APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA: PRINCÍPIOS E REGRAS	34
2.1 Da subsunção mecânica e reducionismo interpretativo presente na corrente positivista e o Realismo Jurídico	34
2.2 O Moralismo Jurídico	37
2.3 Considerações relativas à aplicação normativa	38
2.3.1 Aproximação do Direito e a Moral.....	40
2.3.2 Norma de decisão, regras e princípios.....	44
2.3.3 A mudança da teoria da fonte presente na jurisprudência atual	48
3 O ATIVISMO JUDICIAL	50
3.1 Conceito de ativismo judicial, causas e o que é a judicialização	50
3.2 A Justiça Constitucional	52
3.2.1 Apontamentos sobre as principais formas de controle de constitucionalidade	56
3.2.2 Análise do controle constitucional dos Atos de Governo.....	58
3.3 O ativismo e Estado de Direito Democrático: o princípio da Separação dos Poderes	61
3.4 Crítica ao ativismo judicial	63
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar alguns pormenores que ensejaram o robustecimento da prática do ativismo judicial no Brasil e, para tanto, merece destaque o fato de que o Estado é uma construção social e política heterogênea, cujo intuito final é o bem comum de um povo, e que desde a Antiguidade Clássica menciona-se sobre fins ou finalidades estatais.

Será, portanto, abordada a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, a qual aponta as Funções Legislativa, Executiva e Judiciária, de modo a asseverar que embora extremamente útil à passagem do Estado Monárquico para Estado Democrático-Liberal, bem como na consolidação do Constitucionalismo, no que tange à limitação do poder como barreira a abusos e arbitrariedades, no decorrer da história, esta nunca foi aplicada veemente, visto que em alguns países constitucionalistas sempre houve certa preponderância de um poder aos demais.

Por meio do advento da Constituição Federal de 1988 estabeleceu-se no Brasil o paradigma de Estado Democrático de Direito, com a busca da efetivação dos direitos fundamentais e suas garantias. Bem assim, o Supremo Tribunal Federal é incumbido da guarda da Constituição, nos termos do art. 102, *caput*, da CF e, concomitantemente, de decidir em última instância os fatos levados à jurisdição.

E, atrelado ao Paradigma do Estado Democrático de Direito e efetivação de direitos fundamentais está a interpretação das normas, uma vez que sua óptica foi sendo transmutada ao longo da história do Direito, na medida em que ganhavam relevância e “vigência” correntes filosóficas distintas - como a passagem do jusnaturalismo para positivismo, o pós positivismo etc.

A maior tutela dos direitos fundamentais e as responsabilidades arrojadas ao Poder Judiciário, em especial, ao STF corroboraram para o agigantamento do Poder Judiciário. Neste ínterim, eclode um dos temas mais significativos hoje no cenário jurídico atual, o ativismo, entendido como a ultrapassagem ou transgressões de limites impostos à atividade de aplicação do direito, capaz de deturpar um dos fundamentos do Estado, a separação de Poderes.

Na seara jurídica brasileira, um dos maiores expoentes na defesa do ativismo judicial é o atual Ministro Luís Roberto Barroso e, em sua sapiência, o descreve como uma reserva iluminista da sociedade. Pondera ainda o Ministro acerca de um

“neconconstitucionalismo” no Brasil – e no mundo - justamente, pelo traço do desenvolvimento dos direitos fundamentais como norma normas jurídicas.

Vale ressaltar que direitos fundamentais devem ser perquiridos, mas a qual custo? Deixar um dos fundamentos do Estado Brasileiro de lado, mesmo cediço que a aplicação do Direito fora dos limites determinados pela lei causa insegurança jurídica? Ou ainda, como demonstrado classicamente por Montesquieu, que a concentração de poder em um só Órgão possibilita uma atuação de forma abusiva e, por vezes despótica?

Por esta senda, ainda com fulcro na separação dos Poderes, tem-se que o cidadão de um Estado reclama sua liberdade política e que esta depende da noção de sua própria segurança dentro deste Estado, do não abuso do poder.

1 DA TEORIA DO ESTADO, SEPARAÇÃO CLÁSSICA DOS PODERES E EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

1.1 Do Estado

O Estado é uma estrutura complexa criada por convenções humanas, tendo aparecido, em sua forma moderna, com o fim do feudalismo (Séc. XVI), não se nega, porém, que na antiguidade clássica (cidades gregas e Império Romano) a existência de aspectos precursores do Estado.

Consoante Dallari (2009, p. 104), o Estado é um ser altamente heterogêneo decorrente de realidades diversas, que, com sua ordem soberana “tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território”.

Neste sentido nascem duas correntes a respeito do surgimento do Estado, a primeira versa propõe-se a ver no Estado um agrupamento humano que se organiza sobre um dado território, assim, são abordados em primeiro plano os elementos como população e território. Já para a segunda corrente o enfoque surge no contexto da organização normativa do Estado, força ou poder.

Por conseguinte, para Bastos (1995), o Estado é, simultaneamente, fato social e fenômeno normativo. Seu nascimento está relacionado às vicissitudes da política durante o início dos tempos modernos. No período medieval, ocorreu um período turbulento de lutas religiosas, bem como insegurança nos meios sociais e, por consequência, nas instituições jurídicas da época, necessitava-se, urgentemente, de uma instituição acima dos microrganismos de poder da sociedade, em outras palavras, “tornar o rei soberano” (BASTOS, 1995, p. 07, 1995).

Junto ao processo de fortalecimento e legitimação do poder real adveio o Estado Moderno, cujo intuito era a existência de uma ordem jurídica soberana.

Por fim, consoante Bastos (1995, *apud* SAMPAIO, p. 265):

[...] cremos que aproximarmo-nos da realidade, se definirmos Estado como uma associação Política, de base territorial com capacidade jurídica interna e externa, cujo governo é dotado do poder originário de sanção direta incondicionada, bem como da atribuição de conferir a pessoas e bens a condição de nacionalidade que os distingue na ordem internacional.

O Estado Moderno é limitado por leis, as quais limitam seu exercício do poder, porém não abdicou as prerrogativas da soberania, um exemplo disso é o uso legítimo da coação física. “Em situações extremas ela autoriza o uso desta aos particulares, o que não renega o princípio de ser ele o titular exclusivo desse privilégio.” (BASTOS, 1995, p. 09).

Além do mais, cabe ao Estado, gerir os recursos da sociedade. Para Bastos, o sucesso e o bem-estar dos seus jurisdicionados estão estritamente ligados à atuação do Estado, ao proporcionar “uma sociedade gerida por pessoas competentes e dentro dos princípios mínimos de ética e moralidade” (BASTOS, 1995, p. 10). Por suplemento, segundo as doutrinas políticas, cabe ainda ao Estado promover o bem público, atuando em diversos assuntos, serviços ou objetos (AZAMBUJA, 2005, p. 175). Nas primeiras fases da organização e evolução do Estado, o poder era concentrado em apenas uma figura, seja ela, pessoa física, singular ou, ainda, ente coletivo.

Não obstante as peculiaridades do Estado, conforme se vislumbra no presente texto, suas funções são divididas precipuamente em três, sendo tal divisão uma “consequência natural do desenvolvimento social, da complexidade crescente da atividade do poder público, do progresso material e moral dos povos.” (DALLARI, 2005, p. 177).

1.2 Da Teoria da Separação dos Poderes

Na antiguidade clássica Aristóteles já defendia a existência das principais funções do Estado, funções que devem ser entendidas como suas atribuições ou responsabilidades. Dentre elas podemos mencionar que o Estado possui funções de “militar, policial, econômica, previdenciária, cultural etc.” (AZAMBUJA, 2004, p. 174).

As funções elencadas pelo célebre pensador grego são as mesmas que hoje conhecemos, porém, a divergência encontra-se no tocante a linguagem, posto que em “*A Política*” defendia estruturação do Estado em três partes, a saber: a primeira sendo a “Assembleia dos Cidadãos, corpo deliberante, verdadeiro soberano; a segunda é a magistratura, isto é, os funcionários designados pela assembleia para certas funções; a terceira é o judiciário” (AZAMBUJA, 2004, p. 177).

Contudo, na visão de Azambuja, Aristóteles, embora visionário, acabou por confundir as funções do Estado, pois conferiu à Assembleia o conjunto de todas as atribuições, fazendo com que os demais poderes fossem apenas delegações do poder.

Com o surgimento do Estado Moderno, conforme anteriormente mencionado, no século XVI a XVIII, a partir das concepções de pensadores como Locke, Bolinbroke e

Montesquieu que os ideais de “divisão tricotômica” (BASTOS, p. 74, 1995) foram retomados. Assim, é difícil precisar a quem pertence a paternidade a Teoria da Separação do Poderes, porém, para melhor objeto de estudo, afirma-se que Montesquieu foi quem a melhor exprimiu, dado que seus textos são dotados de clareza e perfeição fazendo jus a filiação à ele atribuída, ademais, seus ensinamentos na seara política atuaram de maneira a elaborar uma Teoria da Separação dos Poderes e difundi-la pela Europa, o que posteriormente deu suporte às divisões de funções estatais nos países europeus.

Em Azambuja (2005, *apud* MONTESQUIEU, Livro XI, Cap. VI.):

Em todo estado há três espécies de poder, o Poder Legislativo, o Poder Executivo, das coisas que pedem o Direito das gentes, e o Poder Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga, as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios dos particulares.

Consoante Quintão (2004), na obra de Charles-Louis de Secon-damt, Barão de la Brède e de Montesquieu, *L’Esprit de Lois* (1747), o célebre pensador a partir de observações concretas histórico-sociais, reuniu os postulados dos Estados de direito e os apresentou como sendo institutos condicionados à características do meio, isto é, “modo de vida, geografia, caráter, economia e religião”. (QUINTÃO, 2004, p. 68)

Seus trabalhos almejaram desenvolver uma teoria sociológica de governo e direito, atestando que ambos são fruto do ambiente em que vive o povo. Porquanto, antes dos mandamentos normativos que sustentam o Estado existem as leis derivadas da natureza humano, sendo, portanto, necessário:

[...] compreender o homem antes do estabelecimento das sociedades. As leis da natureza são as que o recepcionariam em semelhante estado, no qual, dada sua fragilidade ante os perigos que o cercam, buscaria, pacificamente, a conservação de seu ser (QUINTÃO, 2004, p. 69).

De tal sorte, em *L’Esprit de Lois*, elenca Montesquieu que a primeira lei proveniente do estado natural do ser humano é desejo pela paz e, a segunda, a cura de suas necessidades, entendida como a procura de alimentos, já a terceira, por sua vez, consiste na atração pelo sexo oposto, a qual é desencadeada por um tremor recíproco e, por conseguinte, o instinto de sobrevivência, por derradeiro, encontra-se o desejo de viver em sociedade.

Neste ínterim, viver em sociedade e relacionar-se com outros seres humanos proporciona a perda dos sentimentos de fragilidade provenientes do homem em seu estado natural, aparecendo duas espécies de guerra, a primeira “quando cada sociedade partícula começa a sentir sua força, implicando estado de guerra de nação a nação” (QUINTÃO, 2004, p. 69) e, a segunda, quando os cidadãos avistam sua força e colocam a seu favor as vantagens daquela sociedade.

Por tais motivos, foram estabelecidas as leis entre os homens, em âmbito internacional e nacional, o qual regula a relação entre cidadãos de um mesmo Estado.

A importância da obra, segundo Quintão (2004), é a reflexão acerca do Espírito das Leis, defendendo-as como resultantes do “clima, as dimensões do Estado, a organização do comércio e a relações entre classes na perspectiva das instituições humanas, considerando sua permanência e modificações a partir da ciência política” (QUINTÃO, 2004, p. 70).

Defende ainda a doutrina, a liberdade política do cidadão, a qual depende da tranquilidade de espírito resultante de sua opinião política acerca de sua própria segurança. Por conseguinte, para que haja a liberdade é preciso que o cidadão não tema o seu governo, o que só ocorre em governos moderados, onde não se abusa do poder ou há despotismos. Desse modo, há a necessidade de limitação recíproca e não separação total dos poderes, sendo estimulada a cooperação entre estes e não sua aglutinação.

Ademais, adverte Montesquieu que, caso o poder legislativo se unisse ao Poder executivo toda a produção legislativa, bem como a execução das mesmas seriam de forma tirânica e, neste sentido, a união do legislativo junto ao judiciário causaria o exercício arbitrário da função jurisdicional, ao decidir sobre a vida e liberdade dos cidadãos.

Pelo já exposto, é notório que Montesquieu não foi original a defender o governo moderado caracterizado pela divisão dos poderes e funções estatais. A inovação trazida pelo filósofo político está no campo do sistema de freios e contrapesos às funções legislativa, executiva e judiciária “ensejando que estas sejam distribuídas a instâncias organicamente distintas e aptas a exercer a legitimamente o poder, no sentido de cooperação e controle mútuo entre as funções desempenhadas” (QUINTÃO, 2004, p. 71), com fins ao equilíbrio governamental e concretização da liberdade política.

Considera Quintão (2004) que os ensinamentos de Montesquieu a respeito da Teoria da Divisão dos Poderes ou de funções legislativas, executivas e judiciárias, juntas ao sistema de freios de contrapesos por ele elaborado, tornaram-se “dogmas do constitucionalismo moderno liberal, influenciando principalmente, as declarações de direito das constituições norte-americanas e francesas” (QUINTÃO, 2004, p. 73).

A corrente de pensamento produzida nos séculos XVI a XVIII inovou a teoria aristotélica trazendo consigo um postulado novo, no qual cada uma das funções do Estado deveria corresponder a órgão próprio, que autônoma e independentemente desempenharia atividade cabível àquele órgão (BASTOS, 1995).

Por conseguinte, a essência da Teoria da Divisão dos Poderes é estabelecer um mecanismo de equilíbrio e controle recíproco entre os órgãos supremos do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. Pela teoria em estudo, a independência funcional dos poderes resulta na limitação necessária entre os mesmos. Desta feita, consoante Bastos (1995), seriam abolidos (ao menos em tese) os arbítrios e a prepotência, “já que a vontade do Estado seria resultado da conjugação da vontade dos seus três poderes. Individualmente, a nenhum seria dado o ser atrabiliário” (BASTOS, 1995, p. 77).

A doutrina de Montesquieu não tinha por escopo a análise fria e distante das realidades estatais, mas funcionava como um receituário para a criação do Estado Liberal, onde o poder é contido ou limitado. A separação de Poderes pregada pelo filósofo nunca foi inteiramente absoluta, havendo de tempos, em decorrência de aspectos políticos e econômicos, a preponderância de um poder sobre outro, a título de exemplo, as cortes constitucionais por vezes acabaram por ser dóceis ao poder político (como em regimes totalitários), fato que demonstra a periodização da corte, conforme seu presidente e, ainda, o maior poderio do Poder Executivo e Legislativo frente ao Judiciário da época (DIMOULIS, 2008).

1.2.1 A separação dos Poderes como princípio

A Separação dos Poderes é um dos princípios do constitucionalismo moderno, sendo este consagrado como matéria constitucional por excelência, pois, trouxe a ideia do poder do Estado como um poder limitado, ao passo que chamou a atenção para o perigo de concentrar em um só órgão ou entidade todas as funções estatais, o que resultaria em desequilíbrio, bem como em parcialidade.

Segundo o filósofo supracitado, ao juiz era atribuída apenas função rígida de pronunciar a lei.

Consoante Bastos (1995), a função legislativa é a qual estabelece normas gerais e abstratas que regerão a vida em sociedade, isto é, não são normas para determinadas pessoas, mas sim uma “manifestação de vontade a ser feita valer toda vez que ocorrer o fato descrito na norma” (BASTOS, 1995, p. 76).

Do mesmo modo, de acordo com Azambuja (2005), Poder Legislativo é a denominação dada ao Parlamento, o qual não tem sua função limitada à elaboração de leis, e sua influência, em alguns países como a Inglaterra, tem se tornado cada vez maior, no que tange a nomeação do Poder Executivo, o Conselho de Ministros e Gabinete.

Salienta o autor, acerca da necessidade da dualidade de Câmaras no Poder Legislativo o que é hoje, maioria nos sistemas políticos. Esta ideia adveio da divisão e limitação dos poderes defendida por Montesquieu, haja visto que a divisão dos poderes evita o despotismo de uma só assembleia, pois as duas nunca se uniriam para oprimir o povo, no Legislativo haveria a representação do povo pelos Deputados Federais e de cada região específica, e em outra a representação por meio dos Senadores.

Conflitos entre o Poder Executivo e o Legislativo são quase corriqueiros e, neste diapasão, o sistema bicameral inibe a possibilidade de dominação de um poder pelo outro. Em suma, o Poder Legislativo mostra-se como a representação do povo enquanto entidade política e faz com que os cidadãos de um Estado tenham voz.

Ao Poder executivo compete, precipuamente, representar o Estado em sua totalidade, seja pelo Presidente ou chefe de Estado e, por conseguinte, incumbe a este poder dar:

[..] impulso central a todos os assuntos nacionais. Tem o direito de iniciativa perante as câmaras, inspeciona os Tribunais de Justiça, dirige os diversos ramos da Administração e associa-se aos atos religiosos, econômicos, científicos e artísticos, mesmo organizados por entidades privadas, desde que alcancem alguma importância nacional. (AZAMBUJA, 2005, p. 191).

Ainda vela o Poder Executivo:

[...] pela ordem pública no interior e pela segurança do Estado no exterior, bem como promulga e pública as leis e, em muitos países, as sanciona também, trata da execução das mesmas e edita regulamentos oportunos. Preenche cargos públicos, concede honorárias, tem o direito de graça e administra a justiça em matéria administrativa (AZAMBUJA, 2005, p. 191).

Atendo-se aos proclames de seus jurisdicionados, as demandas das quais é incumbido o Poder executivo vem aumentando significativamente, tanto em decorrência da do progresso “Material e moral” da sociedade e, assim, busca da efetivação de direitos, quanto pelas dificuldades em que os grupos sociais são rotineiramente submetidos.

Cabe a este Poder a impulsionar a máquina administrativa, mediante instituição de políticas para saúde pública, força policial civil, forças armadas, comunicações, transportes, abastecimento elétrico e também de água, ainda, a política exterior e relação com outros Estados, sendo todos estes, matérias extremamente complexas.

O Poder Executivo em suas mais variadas atuações é o poder em que há maior contato com o povo, pois “cada órgão da administração é uma aparelho receptor que transmite aos centros superiores os atritos, as dificuldades, as oscilações e as deficiências do funcionamento da formidável máquina do Estado” (AZAMBUJA, 2005, p. 194).

De tal sorte, que ao Poder Executivo não cabe apenas governar, mas também, consoante os ensinamentos de Azambuja, incumbe a este poder solucionar problemas políticos e sociais.

Por fim, cabe ao Poder Judiciário a função de interpretar e aplicar a legislação aos conflitos entre cidadãos ou entre cidadãos e o Estado. A peculiaridade de este poder ante aos demais poderes é a autonomia conferida a ele no texto Constitucional, o que será discutido adiante.

1.2.2 Da separação dos Poderes e sua evolução

Não obstante a separação dos Poderes, por óbvio infere-se que estes não bastam em si mesmos. Assim, segundo Bastos (1995), a prática constitucional desenhou a ideia de que nenhum é soberano, que no ápice de cada um deles há possibilidade de um controle recíproco, o qual é exercido e casos extremos, *v.g.* o *impeachment* versa sobre a possibilidade dos chefes dos Poderes Executivo serem destituídos de suas funções em decorrência de um “juízo” no Poder Legislativo.

Por conseguinte, faz-se importante frisar que, segundo Dimoulis (2008) a separação dos poderes como fruto do constitucionalismo moderno possui suas etapas iniciais no processo político constitucional dos EUA, bem como na França pós-revolução.

Neste contexto, os federalistas americanos, ante o ideal da supremacia da constituição, aperfeiçoaram a teoria de Montesquieu, conferindo ao poder judiciário a função de controlar a validade das normas constitucionais por meio de tribunais instituídos para tal, dado que de nada valeria a supremacia da constituição se suas normas fossem facilmente burladas pelo legislativo.

O pressuposto da separação dos Poderes é, portanto, elemento fundamental do constitucionalismo e consagrado por meio do Estado burguês e sua política liberal.

Igualmente, verifica-se nas constituições modernas que tal fundamento é um conjunto de dispositivos que atua como eixo central do sistema estatal.

Na seara doutrinária, a teoria em cotejo, embora fundamental pra a compreensão do direito constitucional, tende a ser apresentada como “esquemática e ultrapassada” ao passo que também “eterna”.

Segundo Bastos (1995), no decorrer dos séculos, a doutrina da Teoria da Divisão dos Poderes:

Sofreu perda gradativa na pureza de cada uma das funções do Estado, a tal ponto que é perfeitamente lícito afirmar-se que hoje a função legislativa é própria do Poder Legislativo é uma verdade tão-somente relativa porque esse próprio poder desempenha também funções administrativas e judiciárias. (BASTOS, 1995, p. 79).

E, por consequência, o Poder Executivo e Judiciário acabam por legislar, ainda que em pequena escala dentro de suas esferas.

A crítica na evolução da Teoria da Divisão dos Poderes é em relação ao desempenho das funções atípicas, chegando alguns autores considerarem que a célebre doutrina de Montesquieu não receberia mais espaço dentro do ordenamento jurídico. Conquanto, se assim fosse, como seriam evitados os abusos e, ainda, em um Estado Legalista, poderiam os Órgãos desempenhar funções além daquelas que lhes foram atribuídas?

Consoante Bastos, por óbvio essa visão se mostra exagerada. De toda sorte, é importante mencionar que alguns países de governo marxista, por exemplo, deixaram de trazer no bojo do texto constitucional a divisão dos poderes, porém não foi ignorada a divisão de funções pelos órgãos estatais.

Ademais, a evolução na teoria dos poderes não se dá apenas nas atividades em que um poder fiscaliza o outro. Possível citar o julgamento de contas orçamentárias que o Legislativo exerce sobre o Executivo, bem como a sabatina de ministros indicados pelo presidente da república para o STF e STJ.

Já nos anos 60 vários doutrinadores, ante contestações e desconstruções da referida teoria passaram a duvidar de sua utilidade, afirmando ser este um princípio inexistente, ou ainda que a divisão clássica dos poderes fundada com o estado liberal desapareceu (DIMOULIS, 2008).

Compreende-se que a finalidade da separação dos Poderes é limitar e legitimar o poder estatal. Portanto, visa preservar liberdades individuais combatendo o despotismo e a concentração de poder em um só órgão, buscando o equilíbrio político. A separação dos poderes não deve, todavia, ser confundida como o poder estatal, visto que este é unitário,

“pois emana do (único) titular do poder constituinte” (DIMOULIS, 2008, p. 152), o povo. Consequentemente, a separação ocorre apenas nas manifestações concretas do Estado, ou seja, em suas funções.

Superadas tais questões, deve-se salientar que a cada poder incumbe uma determinada função, *v.g.* ao legislativo cabe precipuamente elaborar e votar leis, isto é, uma a separação orgânica de Poderes e, neste sentido, conclui-se que sempre haverá correspondência entre o órgão e sua função típica.

Remetendo às questões suscitadas anteriormente, para Dimoulis (2008) as concepções acerca da relativização da Teoria da Separação dos Poderes partem de uma premissa equivocada, na qual há a distinção do suposto esquema ideal da separação dos poderes e a sua concretização no cenário político estatal, onde há a materialização e flexibilização desta.

Defende o jurista que a flexibilização poderá ocorrer somente no prisma da distribuição das funções entre as autoridades estatais, ou seja, há uma tendência de organização do poder estatal, visto que a própria especificidade da função comporta certa relativização. Neste ínterim, surge a ideia de cruzamento dos poderes, autorizado somente nos moldes da Constituição.

No que tange ao referido cruzamento dos poderes, Dimoulis (2008) expõe que embora este seja fundamento válido para aqueles que defendem a relativização da teoria em cotejo, é insuficiente para invalidá-la. Cabe à “doutrina constitucional verificar quantas e quais funções existem no ordenamento jurídico” (DIMOULIS, 2008, p. 157). Aliás, depreende-se do todo exposto que a possível ampliação da tripartição também não possui o condão de invalidar esta teoria.

Outra questão importante que permeia a problemática da Teoria da Separação dos Poderes é conceito de neutralização do poder judiciário, pois foi uma das peças mais importantes do estado de direito burguês, se tornando durante o século XIX, segundo Ferraz Jr. (1994), a pedra angular dos sistemas políticos envolvidos.

Para Ferraz Jr (1994), tanto a divisão clássica dos poderes quanto a neutralização do poder judiciário, passaram por mudanças substanciais nos últimos anos, pois com o advento de tecnologias em massa, bem como a grande facilidade de veiculação de informações, o cotidiano do homem passou a ser repleto de fatores determinantes para sua vivência em sociedade.

Isto posto, ao ser buscado o bem-estar social (Estado social) foram revertidos postulados básicos do Estado de direito. Com efeito, houve uma aproximação da Sociedade e

do Estado, este que, por sua vez, nesta nova concepção tem por um de seus fundamentos norteadores a garantia das liberdades positivas que, diferentemente das liberdades individuais ou negativas, são princípios a serem realizados pelo Estado.

Importante ressaltar que na sociedade atual, onde o consumo dita as regras, a economia “torna-se um processo de produção e consumo massificado reduzindo quase todas as atividades humanas, da arte ao lazer, a ciência a cultura, a objetos de consumo, isto é, a objetos descartáveis após o uso” (FERRAZ JR, 1994, p.19).

Por consequência, que a neutralidade do juiz acaba afetada por esses fatores, visto que ele exerce, em virtude da descrença em relação aos Poderes executivo e Legislativo, uma função “socioterapêutica”, preocupada em garantir as finalidades políticas e sociais do Estado, as quais não são possíveis de serem exigidas, nem mesmo com fulcro no princípio da legalidade.

Não obstante as prerrogativas clássicas do órgão jurisdicional, atualmente espera-se que o judiciário seja o corretor de eventuais insucessos dos demais poderes.

Merece ser abordado que os direitos sociais conferidos aos cidadãos, pela via jurisdicional, são possíveis somente em decorrência da imunidade do juiz por seus atos no processo ante as partes, quer dizer, as possíveis dificuldades causadas ao demandado (Município ou Estado, por exemplo) não influirão em nada no órgão judiciário e/ou pessoa do juiz.

Em relação à “desneutralização” do poder judiciário, outro ponto negativo é a exposição desse órgão à crítica pública, principalmente pelos veículos de comunicação em massa. Nesta senda, consoante Ferraz Jr (1994, p. 21), a “repolitização” do judiciário e o uso do denominado “direito alternativo”, trazem riscos para este órgão, uma vez que o magistrado pode render-se ao sucesso popular, colocando em cheque não só a Teoria da Separação dos Poderes, mas também demais pressupostos historicamente estabelecidos.

Sob o prisma do equilíbrio necessário ao Estado Moderno carece de importância ressaltar que, para Bastos (1995), este não é feito tão-somente pelas funções estatais desempenhadas pela atividade balanceada dos poderes da república. E, para tal, o convívio social harmônico, é também obtido mediante os controles recíprocos da sociedade, “por sindicatos, igrejas, imprensa, partidos políticos e etc” (BASTOS, 1995, p. 81). Destarte, é preciso ocorrer a adaptação da Teoria da Divisão dos Poderes, posto que o Estado seja mutável não deixando espaço para a acomodação doutrinária e filosófica.

Como será analisado a seguir, o Constitucionalismo é o movimento que deu ensejo e também fundamentação, no que tange a legitimidade e importância das constituições

modernas, estas, com base na essencial divisão dos poderes, utilizam-se da separação de Poderes como mecanismo de limitação, de forma que a concepção teórica iniciada pelo estagirista Aristóteles, e depois aprimorada por Montesquieu ganhou materialidade, com a devida limitação do poder do Estado.

A separação rígida dos Poderes, em virtude dos anseios sociais, bem como nas novas atribuições e prerrogativas do Estado sofreu crítica potencializada pela vertente “neoconstitucionalista” que, por sua vez, têm seus argumentos estribados nos comandos-princípios constantes do texto constitucional e, por intermédio de uma nova teoria interpretativa de normas e princípios, mensuram a necessidade de uma releitura da separação dos Poderes do Estado.

1.3 Considerações preliminares acerca do Constitucionalismo sob a ótica de Gomes Canotilho

Denota Canotilho (2003) que os movimentos constitucionais que deram origem as constituições modernos possuem raízes em diversos países, desta feita, impossível falar em um “constitucionalismo”, mas sim em vários.

Desde logo, tais movimentos trouxeram em comum a noção de um governo limitado essencial à garantia dos direitos “em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, ou seja, poder limitado para que haja a garantia dos direitos.

No que tange ao enfoque histórico, Canotilho (2003) assevera constitucionalismo moderno, aquele que busca inferir no movimento político, social e cultural, que questiona as bases tradicionais de “domínio político” e preconiza uma nova forma de fundamentação, e organização do poder político, estando este movimento em confronto com o constitucionalismo antigo, tratado em sua obra como os princípios estamentais predominantes na desde o fim da idade média.

Por conseguinte, junto ao constitucionalismo houve o aparecimento das constituições modernas, as quais, conforme Canotilho (2003, p. 53) consistem na “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 público”.

Como já salientado neste trabalho, a função do Estado é proporcionar o sucesso e o bem-estar de seus jurisdicionados¹, e, necessariamente um Estado com qualidades, nesta

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de teoria do estado e ciência política. 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 10.

concepção o Estado Constitucional hodierno requer a submissão ao direito às leis, sem confusão de poderes, devendo ainda ser um Estado Democrático de direito, onde nas lições do insigne mestre deve ser estabelecida a conexão entre “democracia e Estado de direito” (2003, fl. 93).

Na parte II de sua Obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição” Canotilho (2003) trata sobre o Constitucionalismo Luso, analisado sob o prisma racionalista, no qual a constituição é tratada como um produto Da razão humana, baseada ainda nos ideais iluministas.

Para o doutrinador, a tendência firmou-se a partir da “força conformadora absoluta das normas gerais e abstratas” (CANOTILHO, 2003, p.106) produzidas pela razão e, tratando-se ainda da vontade geral, vinculante a todos os cidadãos e aplicadas às demandas nela abrangidas. Não obstante o reconhecido avanço, o postulado supracitado fez com que pairasse a concepção de que os direitos, “embora naturais, só existem verdadeiramente a partir do momento em que a lei lhes dá operatividade prática, reconhecendo-os como direitos dos indivíduos enquanto tais” (CANOTILHO, 2003, p. 107). Outrossim, o documento constitucional, a partir desta acepção de constitucionalismo, deveria ser, necessariamente, escrito, haja a vista que a expressão formal é substancial a racionalização da ordem política.

Ao abordar o constitucionalismo sob o viés liberalista, Canotilho (2003) abebera que o liberalismo político está ligado às concepções de direitos humanos do séc. XVIII, a divisão clássica dos poderes e ainda ao liberalismo econômico. Tal aspecto do constitucionalismo firmou-se pela necessidade da economia capitalista de segurança jurídica, posto que no na França Absolutista intervenções estatais no patrimônio de seus súditos eram recorrentes e, ainda, na seara jurídica gritante fazia-se o poder discricionário do monarca, de modo que a “construção constitucional liberal tem vista a certeza do direito” (CANOTILHO, 2003, p. 109).

Salienta ainda Canotilho (2003) que além de segurança jurídico-patrimonial o estado constitucional liberal possibilitou a burguesia francesa a ascensão política por meio da influencia no parlamento. Em suma, o pensamento liberal foi consagrado como princípio fundamental, implícito no texto constitucional, onde, de modo que perpetuava o *status quo* conquistado anteriormente e, no que tange à intervenção estatal, na dúvida havia de se optar pelo mínimo de restrições, aos direitos fundamentais economicamente relevantes.

O constitucionalismo está também ligado aos direitos individuais dos homens, haja vista que o homem fora elevado “à posição de sujeito unificador de uma nova sociedade” (CONITILHO, 2003 p. 110). Neste ínterim, as declarações de direitos fundamentais do

homem foram percursoras de esfera e autonomia própria dos cidadãos, gozando os direitos nela elencados de relevada proteção aos ataques do soberano.

Por derradeiro, longe de esgotar as reflexões de constitucionalismo trazidas por Canotilho (2003), pertinente discorrer acerca do constitucionalismo associado à divisão de poderes, pois como assevera o autor, o princípio divisão dos Poderes é um dogma da seara constitucional e, malgrado sua relevância, hoje, opera a divisão rigorosa dos poderes como um mito a ser perseguido.

Desde os primórdios da popularização desta teoria, como mencionado em tópicos anteriores, tem-se que nunca houve a efetiva separação harmônica entre eles, seja pelo poder de veto das leis editadas conferido ao executivo, seja pela vigilância que o Poder Legislativo exerce em relação ao Executivo e, ainda do Poder Legislativo ter a possibilidade de, no meio judiciário, interferir no julgamento de nobres da época (CANOTILHO, 2003).

1.4. O Constitucionalismo

Prioristicamente, para compreensão da importância do estudo do constitucionalismo, merece destaque o conceito de constituição, este, genericamente, alude a especial forma de objeto, corpo, ou ainda, de um ser vivo. Em termos jurídicos, a constituição é fruto da manifestação de poder constituinte originário, no Brasil realizado por meio da Assembleia Constituinte, resultante na produção de um novo texto constitucional, supremo a todas as demais normas do ordenamento jurídico do estado (TAVARES, 2012).

Para Tavares o constitucionalismo pode ser discutido sob quatro vertentes, a primeira tratando-se de um movimento político social com origens em diversos países, com escopo de limitar o poder do soberano. A segunda vertente, por sua vez, afirma o constitucionalismo como sendo o movimento social que impulsionou a criação de cartas constitucionais, além do mais, tem-se o constitucionalismo como “os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades” (2012, p. 23).

A história do constitucionalismo é, conforme Tavares (2012, *apud* LOEWENSTEIN, 1970, p. 274):

[...] a busca pelo homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço de estabelecer uma justificação espiritual moral ou ética da autoridade, em lugar da submissão cega à facilidade da autoridade existente. (...) Em um sentido ontológico, dever-se-á considerar como o ‘telos’ de

toda constituição a criação de instituições para limitar e controlar o poder político.

Diáfano, portanto, que o surgimento do constitucionalismo, embora de cunho e alcance jurídico, demonstra índoles materialmente sociológicas, as quais resultam na validação deste movimento não só perante a sociedade, mas também no âmbito jurídico, ao passo que assevera a necessidade de elaboração de um sistema regido por um conjunto de normas máximas – a Constituição.

1.4.1 Breve retrospecto histórico e o Constitucionalismo Moderno

As origens do constitucionalismo remontam não só à Idade Moderna, os primeiros textos cujo intuito era a limitação de poder do soberano, podem ser encontrados no Direito Hebraico, em especial, na chamada “Lei do Senhor” e, no Direito Grego, fonte primária da democracia, a ser entendido como as diferentes funções do Estado a serem distribuídas entre os detentores de cargos públicos, sendo as constituições das Cidades-Estado a caracterização de uma comunidade política (TAVARES, 2012).

Após um longo período de abusos de poder, o fim da Idade Média fez reaparecer o constitucionalismo como um movimento de conquista as liberdades individuais, principalmente pela manifestação de uma Magna Carta, que impôs limites ao poder soberano e visou garantir direitos individuais aos súditos.

Consoante Tavares (2012, p. 27), “na Idade Média inicia-se, pois, o esboço de uma lei fundamental”, haja vista que com a elaboração de carta escrita, o poder soberano passou a ter sua conduta limitada pelos preceitos constitucionais e, por meio deste, os súditos foram gradualmente elevados à condição de cidadãos e, em um estágio avançado, como sujeitos de direitos.

Ulteriormente, a doutrina da divisão dos poderes, a qual já teve suas peculiaridades observadas no presente texto, tem no constitucionalismo seu surgimento ligado a ideia de *rule of law*², expressão associada veemente a posição antiabsolutista da época, com ideais que serviram de base para a teoria constitucional inglesa (TAVARES, 2012).

² Consoante Bobbio, o *rule of law* é a base da experiência cultural e política do direito inglês. Nesta acepção, *rule of law* mostra-se como princípio fundamental da Constituição inglesa, o qual preconiza a exclusão do poder discricionário ou arbitrário, viabilizando, portanto, a igualdade dos cidadãos junto ao governo, perante tribunais ordinários. (BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, GianFranco. **Dicionário de Política Vol. I**. Traduzido por Carmem C. Varriale, Gateano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11ª ed. Brasília: Editora UNV. Disponível em: <

Interessante ressaltar que não obstante a inovação inglesa ao edificar uma carta constitucional, este país não criou uma constituição escrita tal como os Estados Unidos ou o Brasil, porquanto, os institutos de natureza constitucional estão alicerçados nas tradições e costumes do povo _ sistema *common law*.

Como assevera Tavares (2012), a aplicação concreta do respeito à lei por parte dos órgãos governamentais é chamada de constitucionalismo moderno. De toda sorte, sendo este essencialmente formal, os textos constitucionais escritos caracterizam-se pela publicidade, clareza e pela segurança.

Por conseguinte, com fulcro no pensamento majoritário do século XVIII (americano e francês), a divisão dos poderes é imprescindível ao constitucionalismo, pois ela mesma - a divisão - implica na limitação e controle de poder.

Com a influência da Constituição Americana de 1787 foi editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a primeira Constituição formal da Europa motivando, conseqüente, o surgimento de constituições por todo continente europeu e expandindo este ideário para os demais continentes.

Tavares (2012) elucida como fruto do movimento constitucional moderno a universalização dos direitos individuais, em razão da limitação de poder e a elevação do homem a sujeito de direitos; a divisão dos poderes; a soberania nacional; e o princípio da igualdade.

Subsequentemente, o constitucionalismo contemporâneo não está ligado somente à limitação do poder, mas sim a verdade, solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização (TAVARES, 2012).

Carece de importância ressaltar que o constitucionalismo contemporâneo é, resumidamente, composto de deveres e, ao ser analisado segundo suas normas programáticas, é possível aduzir que algumas são inatingíveis pelos Estados, e por normas que não foram implementadas ainda pela ineficiência dos administradores e governantes responsáveis, devendo estas ser cobradas veemente pelos cidadãos.

Ligado a esta concepção de constitucionalismo contemporâneo, defende Barroso que constitucionalismo do século XXI está atrelado à democracia que, em sentido material, “dá alma ao Estado Constitucional de Direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos” (2015, p. 66). Em contrapartida, aduz ainda o Ministro do Supremo Tribunal

Federal que esta modalidade, o constitucionalismo democrático tem seu desenvolvimento limitado pela complexidade da conciliação entre a soberania popular e direitos fundamentais.

Por derradeiro, na mais otimista das visões, fala-se sobre um constitucionalismo globalizado, o qual seria a fase final do constitucionalismo de alcance a todas as nações, unificando os ideais humanos e tutelando direitos universais.

1.4.2 O “neoconstitucionalismo” e sua problemática

Nas últimas décadas os sistemas jurídicos romano-germânicos sofreram um conjunto de alterações e neste contexto surgiu o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional. Para a Europa ocidental o marco histórico para este novo modelo constitucional deu-se com o período pós 2ª Guerra e, em terras Tupiniquins, ocorreu com a Constituição de 1988 “e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar” (BARROSO, 2015, p. 519).

O neoconstitucionalismo contesta o postulado positivista da separação entre direito, moral e político com o intuito de reconhecer que tais dimensões influenciam no momento de interpretação e aplicação do direito, dado que a maior transformação ocorrida a partir deste movimento permeou a hermenêutica jurídica, principalmente, com a nova interpretação constitucional (BARROSO, 2015).

Houve não só uma mudança interpretativa por parte dos órgãos que compõem o poder estatal, mas também verificou-se a constitucionalização do direito, isto é, um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico.

Posto isto, consoante Barroso (2015), as três características básicas do constitucionalismo são: o reconhecimento da força normativa da Constituição, pois a visão do texto constitucional na Europa era de um texto político que não gozava força jurídica e, portanto, inexistia o controle de constitucionalidade por parte do judiciário; a expansão da jurisdição constitucional, a qual proporcionara uma tutela específica dos direitos fundamentais; e, por fim, a nova interpretação constitucional que, devido aos conceitos deveras abstratos, como princípios e cláusulas gerais, utiliza-se da técnica de ponderação, nesta lógica, em ocasional choque de princípios abstratos, deve o intérprete criar o direito adequado ao caso.

Assinalado anteriormente, o neoconstitucionalismo, para alguns doutrinadores, consiste no movimento advindo das experiências totalitárias, cujo objeto a ser perquirido pelo Poder Judiciário é a proteção os direitos fundamentais, bem como de assegurar a supremacia

da Constituição, conquanto, para granjear tais objetivos, não raro o aplicador-interprete da norma encontra-se nos limites dos postulados clássicos e adotados no texto constitucional, a saber: separação funcional dos Poderes.

Isto posto, as explanações a respeito do movimento neoconstitucionalista é encarada sob dois prismas, sendo o primeiro no tocante a inovação trazida ao direito por esta corrente, e no segundo, sua realidade frente à separação dos Poderes no Brasil.

Notória é a afirmação que nas últimas décadas o direito constitucional ganhou maior importância entre as disciplinas jurídicas e ramos do direito, ocorrido esse fenômeno, em razão da influência sistemas político-jurídicos e, ainda, pelo maior desempenho das cortes e tribunais constitucionais na vida política dos estados.

A nova teoria constitucional, em tese, consagrada pelo neoconstitucionalismo está fundada na ligação entre direito e moral, na distinção entre regras e princípios e, ainda, no método de interpretação e aplicação do direito com carga discricionária judicial elevada. Assim, acerca da mudança paradigmática advinda o período pós-guerra é recorrente a afirmação de que:

Constituições Europeias do segundo pós-guerra transformaram as configurações predominantes no campo jurídico uma vez que incorporaram cartas de direitos que deveriam ser respeitados pelas maiorias eventuais que dirigem os rumos do governo conferindo a concretização de tais direitos a tribunais que passaram a exercer, com exclusividade, a função de controle de constitucionalidade. (ABBOUD; OLIVEIRA, 2015. p. 198).

De outro norte, consoante Dimoulis (2008), ao contrário do que prescreve a doutrina a liça, as Constituições classificadas como rígidas jamais foram consideradas como meros dispositivos superiores, mas sim como fruto e expressão e manifestação de um projeto político, pois nascem, tais projetos, “no seio de movimentos políticos – e não em gabinetes burocratas e formalistas” (2008, p. 07). Portanto, notório que desde o início do constitucionalismo o Poder Judiciário assumiu um papel ativo de defesa da supremacia da constituição e na tutela dos direitos fundamentais, ao fiscalizar, contrariar e até mesmo, ao anular atos dos demais poderes.

Em 1803 a decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison* da Suprema Corte Americana culminou em previsão legislativa sobre o controle de constitucionalidade de leis estaduais, das Constituições dos estados, de Leis Federais, todos em face da constituição.

E, malgrado a notoriedade do caso mencionado, o controle de constitucionalidade não foi uma particularidade americana, pois, logo no século XIX a Europa já possuía um

modelo de controle já consolidado, a Constituição da Suíça, por exemplo, de forma explícita previa o controle de constitucionalidade de leis estaduais, por conseguinte, já em solo sul-americano, o Brasil teve o controle de constitucionalidade presente desde a proclamação da República, nas modalidades difusa e incidental e, logo em seguida, houve o reconhecimento da supremacia da Constituição com sua necessária garantia a ser desempenhada pelo Judiciário.

Para o jurista, o aumento quantitativo do controle de constitucionalidade não permite que dizer que “a força jurídico-normativa da Constituição foi só reconhecida a partir da Segunda Guerra Mundial” (DIMOULIS, 2008, p. 07), pois, a reivindicação-afirmação da supremacia constitucional permeia os primeiros discursos constitucionalistas, bem como a prática institucional a contar do século XVII, sendo assim, não faz sentido denominar esse movimento de neoconstitucionalismo, justamente, por não haver inovação em setor algum.

Em continuidade a esta perspectiva, a criação de uma Corte Constitucional, consoante Dimoulis (2008), não está atrelada a efetiva tutela de direitos fundamentais, mas sim em retirar a possibilidade dos tribunais inferiores de declarar a inconstitucionalidade das normas e, também, visa limitar o Poder Legislativo e, nesta acepção, negando a existência de traços peculiares do neoconstitucionalismo, menciona Dimoulis (2008, p. 10):

[...] não há rupturas na realização de 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 causas desses dois elementos) podem ser vistos como traços peculiares do constitucionalismo.

Acerca da inovação necessária a terminologia neoconstitucionalismo salienta Dimoulis (2008) que esta também não ocorreu com relação à “opção metodológica e prática de recurso a princípios e outros elementos caracterizados pela vagueza” (DIMOULIS, 2008, p. 11), dado que existem diversas referências teóricas e, ainda, práticas interpretativas flexíveis, criativas, casuísticas já consolidadas ao redor do globo.

Dado o ponto de vista de Dimoulis (2008), o neoconstitucionalismo não representa a configuração de um novo ordenamento jurídico-constitucional, pois, não há a contraposição de um ordenamento a outro. É clarividente que a posição antipositivista do neoconstitucionalismo é estribada na peculiar importância dos princípios por intermédio do método de ponderação, bem como pelo reconhecimento da centralidade do Judiciário em

desvantagem do Poder Legislativo e, finalmente, pela vinculação entre direito e moral, assemelhando-se ao moralismo jurídico – corrente que será explicada no item 2.3.

No que tange a análise do neoconstitucionalismo defronte a teoria da separação dos poderes, primeiramente, é necessário ressaltar, para fins didáticos, as espécies de constitucionalismo.

Tem-se o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista, este que, consoante Abboud e Oliveira (2015), à luz dos ensinamentos de Ferrajoli, encaixa-se no chamado pós-positivismo³ e também no neoconstitucionalismo.

O constitucionalismo principialista roga, em sua essência, que as constituições elaboradas após o período pós-guerra são entendidas como uma superação do positivismo jurídico, o qual visava separar do direito e da moral e aludia o direito apenas como um “sistema de regras, deixando de lado outros padrões normativos, como é o caso dos princípios” (ABBOUD; OLIVEIRA, 2015, p. 199). Já o constitucionalismo garantista, entende que os textos constitucionais realizados após a segunda grande guerra são aperfeiçoamentos do positivismo jurídico.

No âmbito do direito pátrio, alguns apontam como elementos do neoconstitucionalismo, o texto constitucional, bem como a prática jurisprudencial e o desenvolvimento teórico, cuja pretensão consiste em explanar o conjunto de regras e experiências constitucionais após a Lei Fundamental de Bonn de 1949.

Em terras tupiniquins, este movimento é defendido por uma postura antiformalista, que encontra no judiciário a última, e maior, esperança para a concretização dos direitos, utilizando-se do método de ponderação e, ainda, no império dos princípios, compreendidos nesta teoria como os valores norteadores da sociedade (ABBOUD; OLIVEIRA, 2015).

Posto isto, a posição antiformalista adotadas por inúmeros juristas representa, consoante os autores em cotejo, uma redução artificial de um problema deveras complexo, visto que que justificar um mínimo formal na interpretação do direito com aumento significativo no poder do julgador, acaba por expô-lo aos jogos da política, servindo o direito, neste caso, àquele grupo ou pessoa que ocupa determinada posição favorecida pelo poder político.

³ Consoante os autores, pós-positivismo consiste na postura técnica que, consciente do problema enfrentado pelo positivismo, a saber: a interpretação concreta, objetiva identificar perspectivas teóricas e fáticas com o condão de solucionar a questão da concretização do direito.

Sempre se falou a respeito da necessidade de limitação do poder e sobre facilidade do corrompimento daquele que o detém e, desta lógica decorrem as supostas vicitudes da “supremacia” judicial.

Ocorre que, quando da limitação do poder, arduamente defendida, Abboud e Oliveira (2015) acentuam que a separação dos poderes não é estática, mas, sim, dinâmica e que não existe fórmula geral definida acerca do funcionamento dessa divisão, desta forma, este fundamento sofrerá constantes transformações, em especial, nos países cuja experiência constitucional não seja regular.

A consagrada teoria da separação dos poderes desde seus primórdios, sempre visou a limitação do poder político, onde um poder deveria controlar o outro, devendo serem abordadas duas perspectivas a descritiva e a prescritiva.

Abboud e Oliveira descrevem (2015, p. 2014):

Do ponto de vista descritivo, a análise procura estabelecer, a partir de abordagens histórico-comparativas, o modo como as mais diversas experiências constitucionais estabelecem critérios de divisão das funções que compõem o poder do Estado e operam com elas. Trata-se de uma microanálise de experiências materiais que envolvem distintas realidades constitucionais.

Já na perspectiva prescritiva – ou regulatória – perguntamo-nos até que ponto o modelo de divisão de poderes efetivamente operante em uma dada realidade constitucional cumpre o seu principal desiderato: limitar o exercício do poder político.

Nesta senda, a separação dos Poderes apresenta-se de forma variada e, deve ainda, comportar a existência de organismos e funções não aludidos na em sua versão clássica de ideia tripartite e que ainda assim, perseguem um modelo de governo limitado pelo poder, como exemplo, temos o Ministério Público.

O problema entre a separação dos poderes e a teoria do neoconstitucionalismo, consiste, portanto, no momento em que as instituições deixassem de visar a limitação do exercício do poder e, por conseguinte, buscassem meio para o exercício autocrático do governo (ABBOUD; OLIVEIRA, 2015).

No que tange ao agigantamento do Poder Judiciário, as premissas do neoconstitucionalismo encontram respaldo na positivação constitucional de garantias fundamentais. Além do mais, para este novo modelo foram desenvolvidos sistemas de técnicas interpretativas com escopo de concretizar o texto da constituição, ganhando importância os princípios da razoabilidade, proporcionalidade.

Não se pode olvidar, contudo, que a interpretação do texto normativo, como se verá a seguir, merece ser balizado, haja vista a possibilidade do exercício discricionário por parte do interprete.

Manifesto que a mudança substancial ocorrida após o período bélico é o desempenho das Constituições, a estabelecer normas constitucionais de caráter fundamental e, também, o remapeamento do direito público diante da força normativa dos princípios.

O problema da aplicação da teoria de Alexy no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com Abboud e Oliveira (2015), versa sobre inobservância da legislação vigente. Assim, por vezes “neoconstitucionalistas” argumentam suas decisões utilizando-se da proporcionalidade em descaminho da legalidade e, não raro, da constitucionalidade, resultando na aplicação discricionária e arbitrária do direito.

Alertam, ainda, para o fato de que o protagonismo do Judiciário em detrimento dos demais é capaz de macular o principal intuito da separação dos Poderes: a limitação do poder político e, como sabido, o poder legítimo é aquele devidamente limitado.

2 APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA: PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 Da subsunção mecânica e reducionismo interpretativo presente na corrente positivista e o Realismos Jurídico

Merece relevância, primeiramente, destacar que a interpretação da constitucional, para o positivista, implica no conservadorismo por excelência, destarte, a mudança da lei máxima é feita apenas pelo Legislativo, isto é, pelo constituinte originário, dado que, neste contexto, a aplicação da norma é ato de subsunção, e não de criação do direito.

Consoante Bonavides (2006), a restauração do positivismo formalista e legalista não é viável no direito atual, pois dogmática interpretativa constitucional possui pouca ou quase nenhuma serventia. Neste sentido, a jurisdição constitucional é voltada mais para a compreensão do que para a lógica, pois o método silogista cedeu lugar ao método axiológico, voltado para princípios e valores.

A consolidação do positivismo dogmático, expoente dos séculos passados, deu-se com a vigência do Código Civil de Napoleão, em 1804, “pondo fim ao dualismo de ordenamentos de (direito natural x direito positivo) e afirmando a preponderância das fontes estatais sobre as demais (costume, jurisprudência, doutrina etc.)” (RAMOS, 2010, p. 67).

Não obstante o fato da participação política dos cidadãos do Estado deveria ser toda canalizada para uma das câmeras representativas, a Câmara Baixa, já a Câmara Alta, destinada aos senadores, possuía perfil aristocrático e era composta por membros vitalícios, em especial provenientes da nobreza do antigo regime, o parlamento incorporou o princípio da soberania popular, o qual possibilitou sua consolidação.

Portanto, a supremacia do texto positivo não se fundava apenas em razão da necessidade de superar o Antigo regime, como também, nas qualidades atribuídas ao legislativo, sendo elas: a) a legitimidade política, haja vista que o Parlamento encarnava o princípio da soberania popular; e b) a legitimidade ética advinda do fato que a lei consistia na “expressão da vontade do povo” .

Diferentemente da Escola da Exegese Alemã, que defendia a interpretação da norma por meio da subsunção mecânica, sem ingerência interpretativa alguma, segundo Ramos (2010), a Teoria da Interpretação desenvolvida pela Escola da Exegese Francesa teve por fundamento o subjetivismo interpretativo, no qual o exegeta deveria ater-se veemente à vontade do legislador. Como resultado desse método, a interpretação era guiada pela gramática e pelo complemento histórico da época em que fora editada a norma.

O art. 3º da Constituição Francesa de 1791, por exemplo, demonstrava claramente a contenção do intérprete ao proibir de forma expressa interferência de tribunais no exercício da função legislativa, estipulando, posteriormente, sanção para este feito, art. 127, §1º do Código Penal de 1790, é “defeso ao magistrado decidir quando a aplicação da lei suscitasse interpretação duvidosa, cabendo-lhe aguardar a interpretação legislativa” (RAMOS, 2010, p. 70).

Apenas com o Código Civil de 1804 a norma supramencionada fora revogada e aos magistrados foi conferida pequena liberdade interpretativa no que se relacionavam as questões de obscuridade, e ainda lacunas legislativas.

Com relação à exegese alemã, o desenvolvimento da Hermenêutica, como anteriormente citada, isto é, pela subsunção mecânica, influenciou (e muito) para o “amesquinamento do exegeta-aplicador, em face da preponderância que se reconhecia ao legislador” (RAMOS, 2010, p. 71).

Ramos (2010) menciona que Hans Kelsen desde logo criticou a subsunção automática ao mencionar que, nesta escola ocorria, em suma, apenas a caracterização da atividade interpretativa da época baseada na reprodução ou explicitação de axiomas contidos no texto normativo e, em contraponto à prática, mencionou que a criatividade faz parte do processo de interpretação e aplicação do direito.

Nesta senda, descreve Ramos (2010) que, para Kelsen o papel do intérprete-aplicador da norma não é a aplicação puramente declaratória e reprodutiva dos mandamentos, haja vista que a aplicação do Direito ocorre por meio da interpretação cognoscitiva (ou seja, angariada mediante operações do conhecimento) em que o aplicador escolhe entre as possibilidades reveladas pelo próprio ato interpretativo.

Já para a corrente do Realismo Jurídico, na qual o aplicador do direito deve, com intuito dissociar-se da interpretação por meio da subsunção, proceder livre de molduras normativas previamente determinadas, pela forma da lei ou ainda por precedentes judiciais (RAMOS, 2010), pouco produziu no ramo do conhecimento jurídico e também no positivismo clássico, pois deixou de lado questões acerca da Teoria da Interpretação.

Não significa, contudo, que o julgador adepto do realismo jurídico da época não deveria levar em consideração as fontes do direito ao aplicá-lo, mas sim que os costumes e precedentes jurídicos são provenientes de fatos sociais e, desse modo estão situados junto às fontes materiais do direito. Portanto, de acordo com Ramos (2010, p. 75), “o direito vigente propriamente dito aflora após a concretização da norma de decisão pelo Juiz”.

A supracitada doutrina remete o direito à posição cética, pois ao negar a existência da norma jurídica antes da atividade interpretativa e da decisão judicial acabou por tornar desnecessária a atividade do exegeta.

Outrossim, no que tange a formulação de mandamentos positivos gerais e abstratos, desvinculados do caso concreto amplia-se, também, no âmbito doutrinário e, nesta ótica para Dimoulis (2006, p. 150):

[...] o realismo jurídico considera que a atividade do jurista-intérprete do direito se limita a previsões sobre futuras decisões das autoridades competentes e à análise dos fatores que influenciaram as decisões reais, assim como ao estudo de seu impacto (consequências sociais).

Por derradeiro, carece de importância mencionar que o decisionismo cético como fundamento do realismo jurídico traz riscos aos direitos subjetivos, aos interesses legítimos, as obrigações e aos ônus das pessoas ligadas aos órgãos jurídicos, visto que a falta de segurança em relação a condutas (lícitas ou não) são projetadas apenas quando levadas ao poder judiciário. O julgador, no contexto pragmático, coloca em xeque a validade formal dos atos legislativos e de precedentes judiciais, e age “como se” houvessem direitos e estes se manifestassem unicamente no caso concreto.

2.2 O Moralismo Jurídico

Pela corrente do moralismo intenta-se afastar das concepções pragmáticas ou realistas que, por sua vez, ao passo que recusa a efetividade de limitações normativas e/ou éticas impostas ao aplicador-intérprete, confere a este a possibilidade de se decidir conforme sua vontade, com fundamento exclusivo na legitimidade decisória conferida pelo texto constitucional.

Essa corrente prega que os limites impostos ao órgão julgador deslocam para do plano jurídico normativo para uma dimensão axiológica que vai além do próprio ordenamento jurídico (RAMOS, 2010). De modo consequente, permeia essa dimensão axiológica, para aqueles que são filiados ao moralismo jurídico, a diferença qualitativa entre normas e princípios decorrente da própria natureza normativa.

Os princípios consistem em mandados de otimização, os quais podem ser cumpridos em diferentes graus, posto que seu cumprimento é condicionado à possibilidades

materiais e jurídicas. Já as regras só podem ser cumpridas ou não, quer dizer, se uma regra é válida, está deve ser cumprida e não há graduação no cumprimento de regras.

À luz da Teoria da Argumentação, conforme Ramos (2010), o método de ponderação de princípios baseia-se no meio de outorgar racionalidade e fundamentação às decisões dos órgãos jurisdicionados, cujo objetivo é concretizar as normas da constituição, pois de outro modo, a técnica da ponderação aumentaria o caráter subjetivista das decisões.

Adepto da vertente anglo-saxônica do moralismo jurídico, Ronald Dworkin discorre acerca da “principiologização” nas interpretações constitucionais com fins a atacar o positivismo jurídico, também a partir da distinção entre regras e princípios.

Nesta toada, menciona RAMOS (2010, *apud* ÁVILA, p. 36-7):

Para ele (Dworkin) as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras possuem uma dimensão de peso (*dimensiono of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepõe ao outro sem que este perca sua validade.

Ainda sob a ótica de Dworkin, salienta Ramos (2010), as leis somente são verdadeiras quanto em seu bojo constarem os princípios jurídicos ou forem derivadas destes, e como grandes expoentes, menciona-se o princípio da equidade e do devido processo legal.

É cediço que a exegética atual encontra seu maior respaldo na teoria interpretativa de Dworkin, nesta o modelo de interpretação e aplicação do direito segue o arquétipo de um romance em cadeia, dado que cada “capítulo” é resultado da criação daquele que o redige, entretanto, é exercido sobre um material (ou fato) que existia anteriormente à produção, restando a necessidade de respeitá-lo e de considerar que os rumos de sua história sofrerão alterações significativas em razão da mudança daquele que a escreve. Assim é o Direito e a reconstrução das ideias jurídicas, o que não significa a discricionariedade latente do julgador, posto que sempre existirá um elemento de ligação, um fio condutor que deve ser perseguido e respeitado junto aos valores éticos e morais que compõem a prática jurídica.

Atentando se aos possíveis vícios da teoria interpretativa junto a arbitrariedade do julgador, Ramos (2010) descreve que superando-se o positivismo jurídico sob o método de subsunção mecânica e guiado pela têmpera lógico formal e, ainda, afastando-se ingerência de fatores externos a jurisdição e que não são de competência da mesma, não há óbice na união

da Teoria da Interpretação ao Positivismo Jurídico, pois nesta ótica do Direito, o essencial consiste no “reconhecimento de que a interpretação-aplicação de natureza jurídica os textos normativos contêm algo objetivo, que não pode jamais ser eliminado pelo juiz, ainda que inspirado por fatores sociais ou comandado por um antologismo axiológico, sob as vestes da argumentação racional”. (RAMOS, 2010, p. 99)

De toda sorte, pela manutenção dos ideais democráticos constitucionalmente consagrados, a melhor tendência a ser seguida é a de um positivismo renovado, culminando-se o subjetivismo do intérprete que, claramente, acompanha as práticas jurídicas constitucionais com amparo no modelo moralista.

2.3 Considerações relativas à aplicação normativa

A interpretação jurídica hodierna não é - nem deve ser - feita de modo completamente aberto e neutro relativamente ao objeto em cotejo, já que parte de uma “pré-compreensão” em que ocorre a fusão entre “conceitos jurídicos, classificações, o sentido de outros dispositivos correlatos, o conhecimento da matéria fática, juízos de valor pessoais etc.” (RAMOS, 2010, p. 80). A pré-compreensão do intérprete atua de modo a compor o silogismo acerca do texto interpretado, sendo praticável somente quando não tratar-se de mero juízo arbitrário do exegeta e quando é demonstrada a compacidade ao objeto da atividade interpretativa.

Conforme RAMOS (2010, *apud* GADAMER, 1999, p. 356):

[...] quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra ‘objetividade’ a não ser a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. Pois o que é que caracteriza a arbitrariedade das opiniões prévias inadequadas senão o fato de que no processo de sua execução acabam sendo aniquiladas? A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.

E, como cediço, os fenômenos sociais, bem como a evolução do homem ocorre por movimentos dialéticos com inovações e abandonos de postulados, teorias, e também de costumes. Isto posto, a Hermenêutica atual engendra a interpretação e aplicação como decorrência lógica da percepção árdua e dinâmica, sob comando direto da relação dialética entre o sujeito cognoscente (jugador) e o texto normativo, relação essa que também habita as

duas atividades isocromicamente desenvolvidas pelo julgador, a interpretação e aplicação do direito.

Os expoentes da Hermenêutica Jurídica atual assentam-se na distinção do texto normativo (dispositivo legal ou enunciado) da norma nele contida (seu conteúdo), o primeiro consiste no objeto alvo da interpretação e o segundo no resultado desta. Neste íterim, a interpretação é uma atividade cognoscitiva e criativa (RAMOS, 2010).

Malgrado a quantidade de normas positivas existentes em todo ordenamento, o Direito “vivo” é resultado da hermenêutica, da interpretação, é resultado de um processo em que ocorre, diretamente, a colaboração daqueles que refletem acerca de temas jurídicos e contribuem para a ciência do direito, sendo a lei, por óbvio, o ponto de partida para as ponderações, mas que raramente esteia de forma exclusiva uma decisão.

Importante trazer à baila que no âmbito constitucional, não só brasileiro, manifestou-se a maior deficiência da elaboração teórica positivista no que tange a interpretação e aplicação do direito, haja vista que as Constituições deixaram de ser, unicamente, meios de institucionalização do poder estatal e produção normativa.

Na atualidade, segundo Ramos (2010) o texto constitucional atua nas searas institucionalização, estabilização e prospecção, e ainda na competência orgânica, procedimentos para a criação do direito e conteúdo relativo a todos os setores do ordenamento jurídico. Por isso a atividade *sui generis* dos tribunais constitucionais, aqueles que não são subordinados a nenhum outro órgão do poder possui, por sua própria natureza, uma tendência criativa, dado que a atividade interpretativa por eles executada versa, em sua maioria, sobre enunciados, abertos, indeterminados e polissêmicos.

Ramos (2010) menciona que os baixos graus de precisão dos dispositivos constitucionais decorrem da vastidão de seus enunciados. Com efeito, os princípios constitucionais são capazes de ampliar a aplicabilidade do sistema jurídico, fazendo com que não haja questão que não possa ser dirimida perante a jurisdição.

O Grande aspecto das constituições principiológicas, trazidas pelo constitucionalismo democrático, é a limitação do poder do legislador infraconstitucional pelas Cortes Constitucionais. Neste contexto, aduz Ramos (2010, p. 86) que a nova Teoria da Interpretação Jurídica “não se revelou adequada à tarefa de concretização das Constituições de princípios”.

Por esta teoria é compreendida a interpretação e a aplicação dos mandamentos constitucionais como um processo dialético, no qual as normas são concretizadas por órgãos responsáveis por sua atuação, cujas referências envolvem preceitos normativos e não

normativos, isto é, ligados a fatos advindos da realidade material pelo contexto da norma, ambos relevantes para a solução da controvérsia.

2.3.1 Aproximação do Direito e a Moral

Embora recepcionado valores morais pelo sistema jurídico como a boa-fé, a dignidade a pessoa humana, a justiça etc., de acordo com Rocha (2014), esta recepção *per se* não implica automaticamente em justificação. Neste sentido, fundam-se as discussões a respeito da moral como fundamento do Direito, sendo certo que estas existem desde os primórdios de tal construção humana.

Inegável, porém, que compartilham inúmeras perspectivas similares. pois, como já aludido, os ordenamentos possuem em seu bojo valores morais produzidos pela sociedade ao longo de sua evolução.

Requer este trabalho, para as seguintes considerações, uma breve exposição acerca do conceito filosófico de Moral, isto posto, Santos (1963, p. 978) “MORAL (o moral) – É o conjunto de qualidades de ordem efetiva e intelectual que oferecem um alto grau de perseverança na atividade e fidelidade aos ideais”.

Ainda:

Como estudo sistemático dos costumes humanos pode ser considerada como regra geral, como particular e até como individual. A primeira estabelece as obrigações fundadas em princípios gerais, enquanto a segunda em normas particulares mas fundadas, por sua vez, naqueles princípios; e a individual em normas individuais também não alheias mas inclusas em tais princípios. (...) É nesse sentido que a moral se distingue da etografia (que é a descrição dos costumes). São, portanto, dos princípios gerais que decorrem os particulares e individuais. (...) Emprega-se ainda o termo para referir-se às diversas concepções que constroem os homens sobre o ideal de sua vida. Fala-se, assim, em morais que variam segundo as circunstâncias ambientais e históricas. (SANTOS, 1963, p. 978-982).

Por conseguinte, retornando à análise da relação entre direito e moral, conforme Rocha (2014) presenciou-se com o Positivismo Jurídico, cujo um dos maiores expoentes é o Jusfilósofo Hans Kelsen, a separação obrigatória entre estes, pois, para a doutrina positivista, diferentemente da Teoria Tridimensional do Direito, o Direito tem por origem os fatos sociais, não guardando relação com a Moral propriamente dita.

Neste sentido, conforme Rocha (2014, *apud* SGARBI, p. 55-6):

[...] A teoria Pura do Direito, como teoria, tem por fim a compreensão das ordens jurídicas independentemente de suas peculiaridades de conteúdo; ela não se ocupa da avaliação moral ou da validade moral particular dos regimes políticos; esta é uma tarefa da política. A validade “moral” do regime usurpador é outro assunto; não cabe

ao teórico, ao analisar o fenômeno jurídico, excluir de seu exame ordens normativas sob a alegação de que “isso não é direito”. Como teórico, ao considerar a juridicidade, deve proceder à leitura dos enlaces de atribuição normativa e relatar suas possibilidades, por duas razões: 1) o caráter “avalorativo” do conhecimento científico; e 2) a impossibilidade “racional” de se dizer o que é justo. Quanto ao primeiro ponto, em virtude principalmente da herança de um antigo professor seu, Max Weber Kelsen afirma que ao se analisar certo fenômeno jurídico o conhecimento científico deve ser formulado sem interferências valorativas, devendo seu plano discursivo manter-se limitado ao caráter descritivo. A razão é que os juízos de valor são subjetivos e, portanto, refletem os desejos, temores e anseios de quem os formula. Por outras palavras, o que está afirmando que o papel da ciência é “conhecer”. Entretanto, cabe às pessoas julgarem como devem utilizar o conhecimento obtido. Sobre o segundo ponto – a impossibilidade racional de se dizer o que é justo –, este se encontra intimamente relacionado com o primeiro. Como a ideia de justiça mantém laços com nossos desejos e temores, o conhecimento total do justo se vê impossibilitado pela oscilação de opiniões (...). Por outro lado, a “irracionalidade” da ideia do justo também está presente no fato de ser impossível elaborar uma concepção que seja exaustiva e não contraditória. Assim, diz Kelsen, o problema dos valores é um problema do “conflito dos valores”.

Com efeito, o trecho supratranscrito remonta a certo relativismo a cerca da existência da moral, ao passo que aponta, ainda, sobre o poder discricionário do aplicador da norma desta corrente doutrinária e, não obstante, evidenciam-se os elementos significativos do positivismo: a legalidade e a eficácia.

O afastamento do direito do Direito e Moral, por óbvio, ao longo da vigência desta teoria, em que validade da norma se justifica unicamente pela sua posituação por meio do processo legislativo competente, possibilitou a consolidação de atrocidades contra a raça humana, como exemplos, o nazismo alemão, e no Brasil, os atos ditatoriais.

Nesta senda, consoante Rocha (2014, *apud* POSNER, p.1640-1642):

[...] a Moral, embora seja um método de controle social como o Direito, não serve de fundamento para os julgamentos jurídicos”, dado que consiste em um valor local, variante de sociedade para sociedade, sendo desastrosa a imposição de uma moral generalizada.

Pelo demonstrado ao longo do presente texto, a transformação do Direito, valores e princípios que o sustentam, bem como das funções do Estado, decorre do grau evolutivo da comunidade política, dessarte, o afastamento entre o direito e moral, para a maioria de pensadores jurídicos não mais se coaduna com a sociedade atual, pois, roga-se por uma conexão necessária entre estes, as seguintes correntes, consoante Rocha (2014, *apud* VILAJOSANA, p. 65) seguem essa adequação: “a) o Jusnaturalismo Clássico; b) o Jusnaturalismo Contemporâneo; e c) a posição Doutrinária de Dworkin”.

Neste trabalho, atentar-se-á a posição Doutrinária de Dworkin, conquanto, acerca das demais correntes citadas, insta trazer à baila algumas contemplações.

Para o Jusnaturalismo Clássico, cujo maior representante é São Tomás de Aquino, a validade do texto normativo é obrigatória sua adequação à moral, na medida em havendo discordância as normas serão injustas, isto é, leis injustas (ROCHA, 2014, p. 2010).

O Jusnaturalismo Contemporâneo, por seu turno, difere-se do Clássico ao dispor que a ausência de moral no ordenamento jurídico não implica na invalidade do mesmo, mas, sim, “que a existência do Direito Positivo tem necessariamente algum valor moral” (ROCHA, 2014, p. 210), visto que é impossível estabelecer regulamentos de conduta humana sem atender-se a valores morais, existindo moral interna às leis, ao Direito.

Finalmente, para a produção doutrinário de Dworkin, carece de enorme relevo mencionar que aproximação entre o Direito e a Moral é realizada por meio de princípios, devendo o Direito assentar-se sobre a virtude da integridade com intuito de subtrair a corrente convencionalista, esta que, por sua vez descreve o Direito, no sentido de sua aplicação, apenas como a aceitação dos dispositivos legislados.

A respeito disso, preleciona o autor sobre a existência da corrente convencionalista. De acordo com Rocha (2014, *apud* DWORKIN, p. 141):

[...] o convencionalismo consiste em dizer que “o Direito é o Direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplica-lo, não modifica-lo para adequá-lo, não modifica-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política.

Por contraponto ao convencionalismo, o pragmatismo ou realismo prescreve que as decisões judiciais são válidas ao ponto que aos magistrados incumbe o dever de dizer o que realmente é o Direito, nesta acepção, as leis funcionam como meras profecias e não como parâmetro decisional (ROCHA, 2014).

Quanto ao apresentado, à luz dos ensinamentos de Dworkin com base na ideia de Direito como integridade, o pragmatismo e o convencionalismo não devem ser sustados, pois, pela virtude do Direito, as leis a serem erigidas pelos poder Legislativo e, também, os atos normativos pelo Executivo, devem ser dotados de coerência e fundamentadas com base nos princípios regentes, para tanto, não é cabível aos magistrados afastarem-se da coerência, visto que, em regra, ela demanda da comunidade política.

Assim menciona Rocha (2014, *apud* DWORKIN, 1999, p. 204-266):

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estrita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como

um todo (...). O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade (...) O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

Pela integridade descrita, proposições jurídicas são verdadeiras somente quando decorrem da justiça e do devido processo legal de modo que se trata a integridade de um panorama interpretativo, qual o aplicador da norma, ante *hard cases*, deve escolher pelo direito material já interpretado, causando certa continuidade na postura interpretativa e, conseqüentemente, uma melhor e mais sofisticada fundamentação. À vista disso, não é errôneo mencionar que a Egrégia Suprema Corte pátria utiliza-se da integridade, pois, como sabido a discussão e árdua fundamentação de votos são primazias do Tribunal.

O juiz, na atividade interpretativa recorrerá ao momento de edição da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, bem como aos fatos por ela afetados, sendo tais questões demonstradas por meio das partes processuais e provas. Portanto, a decisão jurisdicional resta inseparável da carga histórica do direito, junto a seus valores e experiências.

De igual relevo, a respeito do todo mencionado, consoante PITA (2002, *apud* SILVA, p. 35):

[...] costuma-se distinguir as funções atribuídas a cada um dos três poderes do Estado, nos regimes democráticos representativos, dizendo que os legisladores tem missão de prover para o futuro, aos administradores incumbe cuidar do presente, enquanto os juízes têm por missão ‘consertar’ o passado.

Ainda na linha de pensamento de Dworkin, assevera Rocha (2014) que a teoria interpretativa é imprescindível para a aplicação do Direito, momento em que, diante do caso concreto, incorpora determinado viés de interpretação, de ordem moral e estribado nos princípios de justiça.

Logo, é certo que após os horrores da 2ª Guerra Mundial houve a reaproximação entre Moral e Direito, não só pela expansão das tutelas judiciais de direitos fundamentais, mas também devido ao fato do Direito ter adquirido caráter principiológico e pela consagração da necessidade interpretativa, distinguindo-se, ainda, normas de princípios.

Ante os apontamentos expostos, mostra-se de suma importância a conceituação sobre princípios e normas, seus pontos convergentes e dissonantes e, igualmente, a aplicação

da norma jurídica ao fato concreto, a qual será discorrida à luz dos ensinamentos do Ministro aposentado Eros Roberto Grau.

2.3.2 Norma de decisão, regras e princípios

O primeiro passo em direção ao esclarecimento sobre a aplicação da norma, à luz de Grau (2006) é ter em mente que a interpretação das normas é necessária não só pela ambiguidade da linguagem jurídica, mas também por constarem a interpretação e a aplicação em uma operação única.

Assim, a interpretação serve à aplicação do Direito e, neste processo, os magistrados interpretam as leis e atos normativos à medida em que compreendem os fatos e, subsequentemente, aplicam o Direito (GRAU, 2006).

Para o ex-ministro, “a interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas” (GRAU, 2006, p. 27), pois, o significado destas é resultado da interpretação.

Já a concretização do Direito parte, gradualmente, e por meio do processo de interpretação/compreensão, de dois referenciais, o primeiro reside na passagem da norma (dispositivo, enunciado, preceito) para a norma concreta (jurídica) em seu sentido literal, sendo o segundo sua concretização, a qual ocorre quando é definido pelo intérprete a norma de decisão, hábil para solucionar o conflito que deu origem ao caso.

Com efeito, sustenta Grau (2006, p. 29) que “interpretação e concretização se superpõem. Inexiste hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela”.

Correto, sob esta lógica, que a distinção de normas toma por base a interpretação, compreensão do texto normativo e produção do sentido jurídico da norma - norma jurídica a ser aplicada no caso concreto - e, de tal ocorrência, será obtida a norma de decisão como último estágio e concretização do Direito.

Isto posto, quanto às regras e princípios, demanda reiterar que o presente trabalho, como evidente, trata-se da distanciação da Separação Clássica dos Poderes, aperfeiçoada por Montesquieu e adotada como fundamento do Estado pela Constituição de 1988 no art. 2º, a partir do Paradigma do Estado Democrático de Direito que, com enfoque na tutela judicial de Direitos Fundamentais e Guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal acarretou a expansão do Poder Judiciário.

Desse modo, antes de discorrer a respeito da distinção entre regras e princípios, faz-se *mister* tecer apontamentos sobre a norma fundamental.

Neste sentido, consoante Alexy (2015), normas de direito fundamental são, sobretudo, normas e, não obstante, o emprego desta palavra, nos mais diversos âmbitos apresenta colossal variedade de sentidos.

[...] a fundamentação daquilo que se sustenta como variará conforme se entenda norma como o “sentido (objetivo) de um ato pelo qual se se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta” ou uma “expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada”, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como consequência uma realização social, como uma expressão com uma forma determinada ou uma regra social (ALEXY, 2015, p. 52).

O conceito de norma de direito fundamental, por sua vez pode ser questionado sob o prisma abstrato ou concreto. Tem-se pela indagação abstrata os critérios pelos quais, a norma, mesmo não positivada no texto constitucional, possa ser reconhecida como norma de direito fundamental, as quais são disposições de direito fundamentais diretamente estabelecidas.

Consequentemente, entende Alexy (2015) a norma concreta de direito fundamental liga-se em critérios substanciais ou estruturais vinculados perpetrados por um critério formal, a saber: sua positivação. Esta norma é também considerada como atribuída.

A norma de direito fundamental tem por âmago a correta (e necessária) fundamentação acerca dos direitos fundamentais, ao passo que a falta de sua positivação/atribuição, não elimina sua importância para a fundamentação no sentido de validar o texto constitucional, posto que exista substancial relevância teórica (ALEXY, 2015).

Por seguimento ao tema, dos aspectos concernentes às normas de direitos fundamentais, menciona Robert Alexy em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais (2015), que o mais importante deles é a distinção entre regras e princípios, uma vez que funciona como coluna-mestra desta teoria. Igualmente, deve ser considerado que esta diferenciação ocorre no campo normativo, quer dizer, dentro das normas jurídicas estão presentes ambos.

No que tange a diferenciação, há vários critérios para fazê-la, como a generalidade onde “princípios são normais com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, 2015, p. 87), *v.g.* norma referente à liberdade de crença é dotada de grau de generalidade alto, por outro lado, se editada norma que submeta certo grupo a uma crença, esta será de baixo grau de generalidade, uma regra.

Carece de importância aludir, conquanto, que a generalidade dos princípios se dá somente enquanto não estão incidindo a um caso, em outras palavras quando se relacionam – os princípios – com as linhas normativas e fáticas tornam-se “um sistema diferenciado de regras” (ALEXY, 2015, p. 108).

O autor descreve ainda os seguintes critérios para distinção entre regras e princípios:

[...] a determinabilidade de casos de aplicação, a forma de seu surgimento - por exemplo, por meio da diferenciação de normas “criadas” e normas “desenvolvidas” - , o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferentes também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento (ALEXY, 2015, 88-9).

Dessa forma, firma o teórico que a tese congruente acerca da distinção é a assertiva de que a distinção entre regras e princípios decorre da diferença qualitativa entre eles.

Os princípios são, ainda, mandamentos de otimização, os quais requerem a realização de algo na maior escala possível, observadas as condições fáticas e jurídicas para tal, logo, sua realização poderá ocorrer em variação de graus, pois, como demonstrados, ambas as possibilidades interferem em sua aplicação.

De outra senda, assim como ensina Dworkin, não há grau de satisfação de regras, se válidas, deverá ser feito aquilo que determina, sem excessos ou limitações (ALEXY, 2015).

Ao aplicar o Direito, na atividade jurisdicional, verifica-se a colisão entre princípios e o conflito de regras.

Baseado na Teoria Alexyana, o conflito entre regras será dirimido quando se, analisado o caso, “se introduz uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2015, p. 92). Caso inexista uma cláusula de exceção no caso levado ao judiciário, resolver-se-á a demanda tornando uma das regras incidentes inválida. No Brasil, consideram-se os critérios de antinomia jurídica.

A colisão de princípios, no que lhe concerne, será solucionada de forma diferenciada, pois quando dois princípios colidem, um deles deverá ser dispensado ao caso. Não há, portanto, a invalidação de um princípio, tampouco a introdução de uma cláusula de exceção.

Nesta linha, estabelece Alexy (2015, p. 93-4):

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios tem pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além essa dimensão, na dimensão do peso.

A distinção entre regras e princípios faz-se presente quanto ao caráter *prima facie*, dado que princípios exigem a realização de algo “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2015, p. 104). Dessarte, não há um mandamento definitivo, mas sim *prima facie*, e desta concepção tem-se o fato de que o resultado do princípio utilizado nem sempre seja o exigido pelo mesmo, dado que não ordenam (caráter não definitivo) a extensão de seu conteúdo ante aos fatos e aos princípios colidentes.

Já as regras, de acordo com Alexy (2015), são dotadas de caráter definitivo e, apesar da possibilidade de falhas, quando não ocorrerem, o resultado final aquele que a regra prescreve.

2.3.3 A mudança da teoria da fonte presente na jurisprudência atual

Interessante ponto de relevo para o estudo das fontes, é a posição do Direito na sociedade, pois sua destinação não consiste singularmente em explicar fenômenos sociais, mas também a sistematizar um conjunto de normas que conduzem os limites e parâmetros para as relações sociais (PITA, 2002).

Destarte, para indicar as fontes do direito faz-se imperativo determinar o significado hodierno de Direito, neste, seguindo a doutrina juspositivista e à luz de Norberto Bobbio, o fenômeno jurídico possui as seguintes características:

- a) o Direito é encarado como um fato e não como um valor; nesta linha, a teoria da validade do Direito, dita *teoria do formalismo jurídico*, funda a sua validade em critérios unicamente relacionados à estrutura foral da norma, prescindindo de seu conteúdo;
- b) o Direito é definido a partir do elemento de coação;
- c) no que tange à *teoria das fontes*, o juspositivismo tem na norma legislada a fonte proeminente do Direito;
- d) a norma é vista como um comando, resultando em uma *teoria imperativista do Direito (...)* (PITA *apud* BOBBIO, 2003, p. 37)

Em seu sentido etimológico, fonte é a origem, nascente, o lugar onde surge a água e, ao refletir acerca da do termo fonte como elemento de origem do Direito, consoante

Montoro (1971, p. 08), “a “fonte do Direito” é o próprio Direito em sua passagem de um estado de fluidez e invisibilidade subterrânea ao estado de segurança e clareza”.

Adotado os aspectos jurídicos firmados no sistema latino-germânico e também, com vistas a codificação do Direito Francês Moderno, especialmente, ao código Napoleônico, no Brasil o Direito guia-se pelo modelo normativo-positivado (*civil law*) quando determina as regras e parâmetros a serem seguidos, conquanto, no decorrer dos anos verifica-se, no âmbito jurídico, uma tendência a utilizar-se da jurisprudência como fonte principal do direito, pois, não raro, devido as transformações na comunidade política, tornam-se as leis obsoletas, quando não obscuras ou lacunosas.

Diligentemente, merece destaque as fontes materiais do Direito como os valores e fatos sociais constantes do corpo sociais e, também, as finalidades a serem perquiridas pelo Estado como orientação do legislador infraconstitucional. De outra senda, as fontes formais consistem nos meios pelos quais o Direito se manifesta, constando em sua concepção clássica: a legislação, o costume jurídico, a jurisprudência e a doutrina (MONTORO, 1971).

Para objeto de estudo, no presente trabalho serão aludidas as fontes formais “clássicas do Direito”, particularmente, a lei e a jurisprudência (fonte imediata e mediata, respectivamente), no sentido de indicar a paulatina mudança de protagonismo entre estas, motivada pela expansão do Poder Judiciário, visto que Lei consiste na fonte formal de maior importância dentro da ordem jurídica.

Neste viés, a Lei consiste do meio de condução de atividades dos membros de uma comunidade visando o bem comum e a harmonia. E, somente cabe ao juiz decidir conforme a “analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (art. 4º da LINDB), quando perante o caso concreto a lei for omissa.

A jurisprudência consiste em fonte formal mediata, pois, subsidiária, destaca-se pelo “conjunto de decisões emanadas de um determinado órgão jurisdicional, que, orientadas em um determinado sentido, auxiliam ou indicam uma tomada de decisão” (SOUZA, 2014, p. 41).

À luz do paradigma de Estado Democrático de Direito vigente na Constituição de 1988 e, por este, da defesa dos direitos e garantias fundamentais mediante aplicação da norma jurídica baseada na ponderação de regras e princípios, tornou inegável o caráter criativo por parte da jurisprudência, que em países latino-germânicos possuíam papel limitado.

Tal aspecto, isto é, o crescimento da força jurisprudencial e expansão das tutelas, fora possibilitado ainda com a EC nº. 45 de 2004, a qual implantou o instituto da súmula vinculante⁴, bem como alterou diversos dispositivos do texto constitucional.

Dispõe Souza (2014, p. 44) sobre importância da jurisprudência como fonte de direito:

o envelhecimento e caducidade da lei, à medida que deixaria de ser aplicada àquelas circunstâncias motivadoras de sua existência, será objeto de renovação, oxigenação, rejuvenescido pela interpretação jurisprudencial, que lhe dará as cores e formas próprias à nova realidade social que se apresenta. Cabe à jurisprudência revelar os princípios e costumes que ali serão aplicados, sendo indispensável à aplicação e ao progresso do direito, por seu caráter completativo e perfeccionador em relação à lei.

Ex posistis, não é tumultuoso afirmar que a jurisprudência, no Brasil, atua em patamar semelhante às leis, pois, fatidicamente, é dotada de caráter vinculante a diversos foros e, também, por ser veemente utilizada como fundamentação em **todas** as peças jurídicas, sejam sentenças, petições iniciais, contestações, pareceres ministeriais etc, objetivando corroborar o direito mencionado.

⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Conceito de ativismo judicial, causas e o que é a judicialização

A judicialização do Poder Judiciário, igualmente ao ativismo, é tema recorrente da produção acadêmica atual, e faz-se necessário discorrer a respeito desta, não como um sinônimo da prática ativista, mas sim como um fenômeno de características próprias, com pertinente observação que ambos os fenômenos estão intimamente ligados.

Por certo que a vigência da Constituição da República Federativa de 1988 foi engendrada a partir da necessidade de tutela e efetivação dos direitos fundamentais e, por corolário, das garantias individuais, consagrando, o novo texto constitucional, o paradigma do Estado Democrático de Direito, não só pela tendência mundial das tutelas citadas, mas também pela sombra que assolava o Estado Brasileiro após o regime ditatorial.

Neste segmento, a judicialização da política é, em linhas gerais, o resultado da sistematização constitucional cuja existência proporcionou o debate perante o Poder Judiciário de questões de largo valor e repercussão social, “a partir da ampliação da atividade do Judiciário na análise e julgamento de temas ligados à atuação de outros poderes” (SOARES, 2010, p. 06).

Dos embates levados ao Judiciário de grande comoção e interesse social, possível citar: a demarcação de terras indígenas, a decisão acerca de células-tronco, os direitos patrimoniais decorrentes de união homossexual, pena para crimes hediondos, Lei da Ficha Limpa, o aborto anencefálico e, a mais atual sobre a aposentadoria.

A judicialização independente do ativismo, pois, como será discorrido, este acontece quando excede o intérprete-aplicador os limites estabelecidos, portanto, há judicialização da política quando o Poder Judiciário é provocado por seus jurisdicionados legitimados para tal e, também, quando, segundo Soares “os poderes políticos passam a assimilar essas decisões no âmbito de sua atuação” (2010, p. 07).

Para Streck (2013), a judicialização, assim como o ativismo não é apenas do Direito Constitucional Brasileiro, visto que questões políticas são dirimidas em cortes constitucionais também nos Estados Unidos, Alemanha e outros países e, deste fato, compreende-se ainda que a judicialização trata-se consequência lógica das normas e princípios avocados pelo texto constitucional.

Por este ângulo, entende o jurista que a questão verdadeiramente importante não se trata do *quantum* de judicialização, isto é, da quantidade de demandas políticas decididas

na seara judicial, mas sim como elas são resolvidas, pois, deve ser considerado que a Constituição é o “alfa e ômega da ordem jurídica” (STRECK, 2013), e que em seu texto está elencado os princípios norteadores das decisões da comunidade política.

Já o ativismo judicial, como será explanado adiante, decorre a postura do juiz, na medida em que ao desempenhar um papel proeminente na promoção dos direitos fundamentais e do bem-estar social reputam dissociáveis as leis a política, ultrapassando “a linha que separa as esferas judicial e legislativa” (JUUL *apud* SOARES, 2010, p. 08). De tal forma, a atuação do julgador, quando caracterizada como ativista, oblitera-se dos limites impostos pela coerência do direito e, ainda, da segurança jurídica.

Em abordagem histórica sobre o ativismo judicial, tem-se as seguintes linhas acerca da expansão do Poder Judiciário:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a idéia 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 (BARROSO *apud* SOARES, 2014, p. 08).

Por seu turno, dos pormenores que viabilizam a prática ativista consta “a falta de envolvimento dos parlamentares com determinadas matérias polêmicas tem feito com que a sociedade leve essas questões ao Poder Judiciário, para que este produza soluções para os casos apresentados” (SOARES, 2010, p. 14). Interessante mencionar que, dentre esses pormenores encontra-se a desconfiança que fora, gradualmente, arrogada a parlamentares e assentada em razão dos inúmeros escândalos os envolvendo, bem como a complexidade de serem aprovadas próprias agendas, devido à instabilidade gerada a competição partidária.

Tecidas estas considerações, ressalta-se que a *Lex Mater* imprimiu nova dinâmica ao Supremo Tribunal Federal consagrando-o como guardião da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos e garantias constantes do texto constitucional as quais, por óbvio, influirão na atividade interpretativa do magistrado.

Conquanto, visto que a o ativismo judicial emana da colossal demanda por pronunciamento tanto das Cortes Constitucionais, quanto dos tribunais de primeira instância, em decorrência do descrédito e/ou ineficiência dos demais Poderes, se faz imprescindível recorrer às lições de Montesquieu, pois, a concentração de Poder a um só órgão ou entidade

leva ao desequilíbrio e, também, à parcialidade, características estas, veemente, repudiadas pelo Estado Democrático de Direito.

3.2 A Justiça Constitucional

Com fulgor do modelo adotado pela França pós-revolucionária, adotou-se o Estado democrático-liberal em que a ideia central versava sobre a retirada de poder absoluto das mãos do monarca e, por consequência, o surgimento da soberania popular.

Conforme aludido no item 2.1, os juízes daquela época eram desprovidos de idoneidade para execução de atos normativos, tal como havia vedação expressa acerca da atividade interpretativa que, por sua vez, caberia somente ao Legislativo (TAVARES, 2005), prevalecendo, por certo, a separação drástica dos Poderes.

Todavia, segundo Tavares (2005, p. 43) este modelo fora colocado em cheque devido a “(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”. Neste contexto, asseverou-se a necessidade de um instrumento capaz de submeter os legisladores, os quais possuíam competência normativa, a uma limitação hierarquicamente superior, isto é, à Constituição, nascida a partir da soberania popular.

Dessa forma, encadeado pela formação do Estado Constitucional, a atividade judiciária teve seus limites expandidos. A jurisdição constitucional firmou-se como o exercício do Órgão Judiciário de analisar a compatibilidade e harmonia das leis infraconstitucionais em face da Norma Suprema, com objetivo de invalidar aquelas que estiverem em dissonância com o projeto político-estrutural e principiológico do Estado.

À proporção em que o Direito Constitucional assumiu lugar proeminente na esfera jurídica, os tribunais constitucionais, pelos quais é conferido plena vigência aos mandamentos contidos em leis fundamentais, também foram impulsionados e valorizados (TAVARES, 2005).

No Brasil, a instituição do Supremo Tribunal Federal ao longo de sua existência mostrou-se tão complexa quanto a própria consolidação democrática do país, pois, ante a experiência de violações de direitos das décadas passadas, com prisões políticas e, ainda, decretação do Estado de sítio e Revolta dos Anos Vinte, fez com que o Poder judiciário auferisse maior visibilidade no decorrer dos anos e que as esperanças de justiça fossem nele depositadas.

Conforme Vilhena (1994) a noção de estado de direito, com o advento da Constituição de 1988, nunca fora tão alargada, pois, hodiernamente, trata-se de um referencial para a sociedade. Nesse sentido, à luz de ideias tratadistas, a ameaça à soberania popular consiste na “incessante ação dos magistrados (governo) e suas vontades particulares contra a vontade geral” (VILHENA, 1994, p. 17).

Concomitante à noção de Estado de Direito, a constitucionalização de determinados temas resultou no aparecimento de uma nova modalidade de conflitos constitucionais, nos quais, cabe ao Órgão Máximo do poder judiciário intervir e dirimir tais conflitos, com fulcro nas normas e princípios constitucionais uma vez que é o incumbido de exercer, definitivamente, a implementação da Justiça Constitucional.

Neste quadro, a função jurisdicional especifica-se, consoante Tavares (2006, *apud* MALBERG, p. 630):

[...] do ponto de vista das condições nas quais se exerce, ou seja, do ponto de vista orgânico, a jurisdição encontra-se erigida pelo direito público moderno como função especial, claramente separada das outras duas, com suas próprias regras e seus órgãos particulares, e que constitui assim, em certo sentido, um terceiro poder, que aparece, no direito positivo, como inteiramente diferente da legislação e da administração.

Compreende-se do trecho citado que a análise formal da jurisdição apresenta regras próprias à função e, igualmente, reconhece seus órgãos particulares.

Por conseguinte, a decisão formada no bojo do Tribunal Constitucional, em razão de sua matéria, poderá ser congênere àquela emanada da atividade legiferante, ou da decisão pelo Poder Executivo, pois, em semelhança ao legislador, que edita atos em abstrato com intuito de orientar a vida dos cidadãos, o intérprete-juiz, ao editar atos de cunho decisório-normativo, com a finalidade de defender a Constituição (TAVARES, 2006).

No âmbito da Justiça Constituição todas as funções exercidas pela Corte Suprema são reconduzíveis à aplicação de garantia do texto constitucional como função precípua, porquanto, no que tange a seus efeitos, a eficácia de uma decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal não é reduzida a alcançar as partes processuais, pois, ao defender a Constituição, como símbolo da vontade social, suas decisões gozam de eficácia *erga omnes*.

A função básica do Tribunal Constitucional é a manutenção da supremacia da Constituição e, para isso, não raro há necessidade de recusar atos dos poderes Legislativo e Executivo que divergem dos preceitos constitucionais.

Tavares (2006), em célebre lição destaca que o alargamento da jurisprudência constitucional reside, principalmente, no receio ou desconfiança da Constituição pelas mudanças causadas pelos jogos parlamentares.

Desde o momento em que a classe política percebeu que para manipular o sistema era necessário não manipular as leis, mas também a Constituição, esta perde em boa parte seu sustentáculo teórico de lei imutável (ou raramente mutável), passando a sofrer constantes “ataques” ou “reformas”. Viabilizou-se a imposição de valores de certo grupo aos demais, por força de alteração da Constituição, ocasionando, não raras vezes, fenômeno idêntico àquele no qual se assistiu ao abuso praticado por meio de leis (TAVARES, 2006, p. 24).

A despeito do exposto, importante frisar que até 2017, a Constituição da República, contando com 29 anos de vigência, fora emendada (para o bem ou não) 97⁵ vezes e, mesmo que adotadas as peculiaridades pertinentes ao procedimento de Emenda à Constituição, nos termos de seu art. 60, não se pode olvidar que a matéria a ser mudada, possivelmente, será em favor de determinado grupo político.

Desta feita, como meio de defesa do Estado Constitucional Democrático encontram-se as cláusulas pétreas, imunizadas da atividade parlamentar, e as cláusulas abertas, que por sua vez, são passíveis da atividade político-partidária e, por consequência, de controle pelo Tribunal Constitucional que “poderá manipular modificações constitucionais de cláusulas abertas, jogando seu entendimento (interpretação) como o mais adequado no contexto constitucional” (TAVARES, 2006, p. 24).

Em continuidade, sempre caberá a Corte Constitucional aplicar a Constituição, esta tarefa, entretanto, demanda de várias outras práticas além do controle de constitucionalidade, as quais derivam do próprio texto normativo constitucional.

As funções próprias das Cortes Constitucionais são aquelas que a pertencem por sua natureza, como menciona Tavares (2006, p. 02) “são as funções estruturais da Justiça Constitucional, responsáveis por sua identificação e caracterização final”, sendo também funções originárias ou recentes (“novas”)⁵, estabelecidos critérios de funções estruturais, a saber: controle de leis; árbitro de poderes, função interpretativa, de governo, estruturante e, ainda, a função arbitral, função legislativa e função comunitária.

⁵ Número obtido através do site oficial do Planalto, a saber: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

Cediço que a função legislativa do Judiciário gera incontáveis críticas ante a divisão separação dos poderes adotada pela Constituição Federal⁶.

Conquanto, em síntese, no que concerne a esta função, faz-se necessário mencionar que ela é limitada e gerada como última finalidade de um processo, cujo resultado apresenta força de norma constitucional, dada sua decorrência da própria Constituição (TAVARES, 2006). Conquanto, poderá a decisão ser alterada ou reformada pela edição de Leis pelo parlamento.

Neste íterim, encontram-se as decisões emitidas em sede de Adin por omissão e, restritamente, por Mandado de Injunção, pois ensina Tavares (2006, p. 39) acerca da omissão constitucional: “(i)É certo que sua superação envolve produção. (ii) essa produção não é fruto –como normalmente se afirma – de um processo interpretativo, mas sim de uma função típica legislativa” com escopo finalístico de superação de lacunas, já dotada de controle.

Entende-se, portanto, em linhas gerais, que a função legislativa, encarada sob o prisma material, não é exclusiva do Parlamento, à medida que, quando efetuada pela Corte Constitucional, diverge da atividade legislativa - regras abstratas destinadas a todos - pelo motivo-finalidade e por auferir conotação própria.

3.2.1 Apontamentos sobre as principais formas de controle de constitucionalidade

Dentro de um sistema cujo Constituição esteja no mais alto grau do ordenamento jurídico, manifesto que as demais leis e atos normativos integrantes de sistema, somente, serão válidos se estiverem plenamente conformes aos ditames constitucionais, isto é, aos princípios e normas estabelecidos.

Neste cenário, a inconstitucionalidade ocorrer pela edição de lei ou ato normativo contrário as normas constitucionais vigentes, ou ainda, quando for omitida a aplicação de normas constantes da Constituição, quando ela o determine, haverá a inconstitucionalidade por omissão.

À luz de José Afonso da Silva (2005), a inconstitucionalidade por ação ocorre quando, em razão do princípio da Supremacia da Constituição advém o princípio da compatibilidade vertical, não estando as leis ou atos normativos compatíveis com a

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Constituição, a incompatibilidade resolver-se-á pela norma de graus mais elevado, isto é, pela Constituição Federal.

A inconstitucionalidade por ação será de aspecto formal, quando as leis ou atos do Poder Público emanar de autoridades incompetentes ou forem realizadas sem as observâncias de formalidades e procedimentos especiais, ou material, quando o conteúdo da lei ou ato contrariar os preceitos e princípios constitucionais. Já a inconstitucionalidade por omissão por sua vez, ocorrerá quando “não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais” (SILVA, 2005, 47), em tal segmento, encontra-se a regulamentação acerca do direito da saúde e educação (arts. 196 e art. 205, respectivamente) que para sua efetivação devem ser realizados atos legislativos e administrativos imprescindíveis para sua eficácia.

Desta feita, quanto à classificação do controle de constitucionalidade, este pode ser analisado sob o prisma jurisdicional, quando realizado pelo Poder Judiciário, ou pelo prisma político, realizado com fulcro na conveniência e oportunidade técnico-jurídica (TAVARES, 2012), v.g. o veto do Presidente da República a projeto de lei poderá ser jurídico, em razão de inconstitucionalidade ou por motivos de conveniência ou oportunidade (motivo político).

A divisão quanto ao objetivo do controle poderá ser abstrata ou concreta, o qual ocorre quando é suscitada a questão de controle de constitucionalidade no decorrer do processo. Por outra senda, sobre o controle abstrato é certo dizer, que este independe de solução em caso concreto e que pode ser também denominado de controle por via direta.

Segundo Tavares (2012, p. 248) “esse modelo representa o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, inaugurado a partir da Constituição de 1920, por obra e influência decisivas de Kelsen (que chegou a atuar como magistrado daquele Tribunal até 1929)”.

Neste segmento, controle incidental é aquele em que a questão constitucional é suscitada em meio a um processo e, posteriormente, remetida (como incidente) ao Tribunal Constitucional, ocasião em que a questão a ser debatida surge em um caso concreto, mas vem a ser isolada, aproximando-se do controle abstrato.

O controle difuso, por sua vez, será feito por qualquer instância judicial, dentro da atividade judiciária e estabelecendo os princípios a serem utilizados no caso concreto, com a vinculação das partes à decisão proferida (TAVARES, 2012), geralmente, é realizado em tribunais de primeira instância, ocasião em que se mostra patente a corrente a ativista, como, por exemplo, nos casos que envolvem o fornecimento de medicação.

Neste contexto, Lênio Streck menciona que várias unidades da federação são obrigadas a dispor de parte de grande parcela de seus orçamentos para o pagamento de ações judiciais de medicação e, ainda, de custas processuais. Em reportagem da Revista CAASP, Arantes (2017, p. 21) transcreve o entendimento de Streck sobre o tema: “Fornecer a uma pessoa um remédio que consome um terço do orçamento da saúde do município, por exemplo, é ativismo judicial”.

Por este mesmo segmento, o Arantes menciona Vladimir Passos de Freitas, professor da PUC do Paraná, entende que, embora o fornecimento de medicamentos ou a matrícula de crianças em creches sejam socialmente importantes e amparadas pelo Direito à saúde e à educação, elas não deixam de causar problemas orçamentários.

[...] essas decisões configuram ativismo. Pode-se argumentar que não, porque a Constituição garante o ensino. Por outro, me preocupa o fato de muitas vezes o município não tem condições de atender a todos os compromissos a que a Constituição o obriga. Isso cria uma instabilidade que não é boa para o serviço público. (...) O ideal é que todo mundo tenha direito a saúde e educação, mas nossa realidade não é a da Suécia. Nem no Canadá existem direitos totais e absolutos (FREITAS *apud* ARANTES, 2017, p. 24-5).

Além do mais, é inegável que ao determinar o fornecimento de determinado item, o Judiciário, sob o a argumentação de efetivação dos direitos fundamentais, acaba por tolher o princípio da separação dos Poderes, pois excede os limites constitucionalmente estabelecidos e subordina o Executivo às suas decisões acerca de um ato de natureza administrativa (STRECK, 2013).

Não obstante a rotineira ocorrência do controle difuso nos tribunais, no Brasil a Corte Suprema, manifesta-se tanto no controle de constitucionalidade abstrato-concreto, somente feito pelo STF, quanto em caso de controle difuso-concentrado, sendo este mediante a interposição de recurso extraordinário.

O festejado José Afonso da Silva, na obra *Direito Constitucional Comparado* descreve os seguintes modos do exercício do controle de constitucionalidade:

(a) *por via de exceção*, ou *incidental*, segundo o qual cabe ao demandado arguir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele; por isso, é também chamado *controle concreto*; (b) *por via de ação direta de inconstitucionalidade*, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou de instituição ou pessoa do povo (ação popular); (c) *por iniciativa do juiz* dentro de um processo de partes (SILVA, 2005, p. 50).

Portanto, ante o exposto, certo que o exercício do controle de constitucionalidade pela via de exceção pertence ao controle difuso e os outros meios, ao controle concentrado.

3.2.2 Análise do controle constitucional dos Atos de Governo

Em tese, encontra-se resguardo do ativismo judicial, consoante Ramos (2010) apenas função de governo, devido sua própria história no Brasil, pois, o Executivo sempre fora poder monocrático e, desde a instituição do Poder Moderador⁷ junto aos demais poderes estatais, na Constituição Imperial de 1824, possuía relevância ímpar, bem como diversas imunidades. Com a passagem do modelo de Estado Liberal-Democrático para Estado Social-Democrático, assim como já explanado, acerca das funções do Estado houve alteração significativa na expressão do princípio da separação dos Poderes, tanto no que se vincula à funções estatais, quanto com relação ao aspectos dos órgãos que as exercem e, ainda, alterou-se a distribuição de funções entre estes órgãos e os parâmetros para seu desempenho.

A referida imunidade tem seu respaldo no fato de que os atos de governo são exercidos, tão somente, no plano político, por meio de “programas de governo, de planos de ação, globais ou setoriais, compreendendo, ainda, a busca do engajamento dos demais Poderes e da sociedade civil em relação às diretrizes traçadas” (RAMOS, 2010, p. 154-5), fundados na autonomia de apreciação e conveniência.

Quando exposto o controle constitucional dos atos do Estado/Governo, verdadeiramente, encontra-se esta modalidade controle como uma dilatação dos campos de atuação da Corte Constitucional, como será averiguado a seguir.

Nesta lógica, somente será possível o controle judicial destes atos no momento em que forem dotados de forma jurídica. Ramos (2010, p. 156) prescreve alguns métodos de controle constitucional de atos políticos, sendo o primeiro, o controle mínimo: “resultado do exercício de jurisdição pelo Poder Legislativo”, o processo e julgamento de Presidente da República, bem como de determinadas autoridades pela prática de crime responsabilidade,

⁷ Projetado por Benjamin Constant, o Poder Moderador teria a função precípua de impedir o choque entre outros poderes e assegurar a viabilidade do Estado Liberal, bem como dos direitos civis e políticos dos cidadãos. No Brasil, a teoria de Constant foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por ordem de Dom Pedro I, com escopo de criar-se poder *sui generis*, pois ao passo que buscava preservar e moderar a relação entre os demais poderes, seria, concomitantemente, superior e intermediário a eles.

previsto no art. 52, incisos I e II.⁸, momento em que a presidência da Casa do Senado será, então, realizada pelo Presidente do STF.

Já o controle médio-fraco de constitucionalidade tem por objeto “*atos interna corporis*”⁹, atos de chefia do Estado e controle de constitucionalidade fundado em princípios” (RAMOS, 2010, p.158).

No que tange aos *atos interna coporis*, malgrado a quantidade de controvérsias entre os próprios parlamentares, firmou-se entendimento de que normas regimentais constantes do processo legislativo não possuem o condão de violar direitos subjetivos de congressista, de modo que é incabível o controle judicial.

[...] II – A jurisprudência do STF É pacífico, na doutrina pátria e na jurisprudência desta Suprema Corte, que atos interna corporis não estão sujeitos a controle jurisdicional. O STF já decidiu, em sede de mandado de segurança impetrado contra ato de qualquer das Casas Parlamentares, que “[o] fundamento regimental, por ser matéria interna corporis, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário” (MS nº 22.183/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, Relator p/ acórdão o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 12/12/1997).

As principais razões da liberdade dos atos de chefia do Estado estão enraizadas, na Constituição de 1988, nos conceitos de cunho valorativo, ou ainda descomplicada atribuição de liberdade escolha ao Presidente da República, assim, consoante Cretella Júnior (1987, p. 01), “Certas circunstâncias de crise – *as circunstâncias excepcionais* – facultam à Administração Pública tomar medidas enérgicas e imediatas, as quais seriam totalmente tardias e ineficazes se o Governo obedecesse, de modo estrito, ao princípio da legalidade”.

Finalmente, sobre o controle de constitucionalidade de atos normativos conforme princípios, resta mencionar que a importância reside no destaque de parâmetros de intensidade variados para o controle, com o necessário apontamento a da dogmática utilizada para sua edição.

O controle médio forte exercido pelo Supremo Tribunal Federal ocorre em razão de regras e de atos normativos dotados viés discricionário. Para as regras, cediço que estas compõem-se de normas decisivas e abrangentes, porquanto, visam englobar os pormenores que deram ensejo a decisão, quer dizer, aspira uma solução específica para determinado fato (RAMOS, 2010).

⁸ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles [...];

⁹ *Atos interna corporis* são aqueles concernentes à economia e demais questões próprias das Casas Legislativas, vg. Eleição para presidente da casa.

Possível citar como exemplo, o controle de constitucionalidade de medidas provisórias dotadas de força de lei, editadas com fulcro no art. 62, *caput*, da Constituição¹⁰ que, em razão da indeterminação acerca da edição de medidas provisórias pode ser suscitada sua inconstitucionalidade.

O controle constitucional de atos do Estado, em seu caráter máximo, ocorre no que concerne aos atos plenamente vinculados. Acerca destes, em singular exposição, discorre Meirelles (2013, p. 183):

Atos vinculados ou *regrados* são aqueles para os quais a lei estabelece requisitos e condições de sua realização. Nesta categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para validade da norma administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria administração, ou pelo judiciário, se assim requerer o interessado.

Destarte, será passível de controle constitucional todo ato plenamente vinculado que não sujeitar-se às delimitações formais extrínsecas, bem como requisitos materiais, isto é, os motivos e os pressupostos de direito e de fato, todos estabelecidos por lei.

À vista disso, logo em seu tempo, o célebre advogado Rui Barbosa (2010, p. 110) mencionou que “esfera do tribunal é unicamente decidir acerca dos direitos individuais, não investigar de que modo o Executivo (ou seus funcionários) se desempenha cometidos à sua discricção”.

3.3 O ativismo e Estado de Direito Democrático: o princípio da Separação dos Poderes

Tal qual fora apresentado no início do presente trabalho o princípio da separação dos Poderes tem seu ponto de partida na identificação das principais funções do Estado, as quais devem ser dotadas de estruturas orgânicas e independentes entre si, bem como prerrogativas institucionais, garantias no gozo de suas funções, sendo vedadas intromissões estranhas ao aparato a que estão vinculadas, isto é, influir nos demais poderes.

De toda sorte, não apenas as finalidades do Estado estão sujeitas a mudanças (Estado Social, Estado Liberal etc.) dado que os órgãos constitucionalmente previstos tendem a aumentar devido à amplitude de funções que acaba por exercer.

Neste sentido, consoante Ramos (2010, p. 114):

¹⁰ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

[...]se em um estado que se ocupe, primordialmente, da contenção do poder a rígida distribuição de funções, com hipóteses restritas de interpenetração de competências, se afigura satisfatória, no contexto de um Estado que combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade, o rateio funcional há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.

Infere-se, portanto, a partir do trecho supratranscrito que a busca por igualdade presente modelo de Estado culmina na própria ampliação das funções, outrora, veemente restritas.

Cabe aqui mencionar que a separação dos poderes como princípio constitucional tem seu escopo “organicamente referenciado e funcionalmente orientado” (RAMOS, 2010, p. 115). Quanto ao primeiro aspecto, tem-se que o princípio em análise visa cuidar da separação das estruturas que exercem o poder do Estado e, com relação ao segundo aspecto, tem-se a vontade do Estado manifesta-se mediante atos formais, aqueles ordenados pela conforme as atribuições do órgão ou poder, ou materiais, cujo essência do ato independe do órgão de origem e de sua forma.

Salienta Ramos (2010) que apesar de determinados pelo próprio texto constitucional, por vezes não há a indicação expressa das funções competentes a cada órgão (v.g. Constituição Italiana) e, ocasional é a caracterização da atividade, de modo que incumbe à doutrina e jurisprudência a delimitação destes conteúdos.

No que tange as funções típicas e atípicas desempenhadas por cada órgão, como já descrito, no capítulo 1, há previsão de compartilhamento interorgânico de funções típicas, conquanto, é respeitado o núcleo essencial de cada função, quer dizer, respeita-se as atividades que não podem (e não devem) serem exercidas senão por aquele possui a prerrogativa para tal.

Em decorrência da articulação que ocorre entre as atividades estatais, o exercício deixado de ser feito por uma função, inevitavelmente, pode ocasionar na interferência por outro poder. Isto posto, a referida interferência é causada, muitas vezes, pela necessidade de cumprimento dos comandos presentes no texto constitucional, traduzido pela perspectiva de efetividade da lei maior por meio dos sujeitos competentes para tal.

Em especial, no caso da atividade legiferante, pelo vasto conteúdo programático¹¹ da Constituição de 1988, há uma colossal necessidade de atuação do Poder Legislativo para a

¹¹ Jorge Miranda (1996, p. 244-5) em sua brilhante exposição a respeito das normas programáticas menciona que: “são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras,

concretização dos mandamentos nela elencados e, como exemplo, possível citar o art. 37, inciso VII, que ao regulamentar a atuação da administração pública, em qualquer dos entes federados ordenou: *o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.*

Ocorre que, até o ano de 2010 não havia sido editada norma a respeito do direito de greve referente aos servidores públicos e, desta forma, como resultado da clarividente omissão legislativa valeram-se diversos sindicatos do instrumento de Mandado de Injunção (inciso LXXI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil), cujo efeito foi a aplicação da Lei nº. 7.783/89 (referente ao direito de greve no setor privado) às greves ocorridas no serviço público, enquanto não fosse editada legislação congruente.

À vista disso enfatiza Rothenburg (2005) que o Poder Legislativo acaba por não atender os anseios da coletividade e não consegue (ou não quer) quitar as atribuições determinadas pelo texto constitucional e daí nasce, como uma via alternativa e excepcional, a legitimidade do Tribunal Constitucional para alteração de competência decorrente do descumprimento da Lei Maior, como no caso dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 a respeito do direito de greve.

Por continuidade, ao falar em ativismo judicial sabe-se que este “movimento” não é apenas presente no cenário jurídico Brasileiro carece de importância especificar que esta é a prática que “ultrapassa as linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo” (RAMOS, 2010, p. 116), havendo, portanto, a necessidade de esquadrihar quais são, em linhas minuciosas, os encargos de matéria jurisdicional.

Consoante Ramos (2010), funda-se a jurisdição, em síntese, na responsabilidade que possui este órgão estatal (Poder Judiciário) de promover a pacificação de conflitos, individuais ou não, por meio da aplicação do direito utilizando-se da via processual. Logo, os atos jurisdicionais estão situados em escalão inferior aos atos legislativos, posto que sua incidência somente ocorre quando da transgressão de um direito e, não obstante, “se voltam, precipuamente, à atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na modelagem do conteúdo desses atos” (RAMOS, 2010, p. 120).

explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos a invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver em quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente determinados.

Ademais, a despeito do ativismo judicial, em Estados Democráticos a confusão dos limites instituídos ao exercício da jurisdição pode resultar no enfraquecimento de seu caráter executório e, por efeito de ingerências políticas, a deterioração na autonomia necessária da função judicial dentro do Estado de Direito. Nesta mesma acepção, a deturpação de um poder afeta os demais.

3.4 Crítica ao ativismo judicial

Conceituado o ativismo judicial como a prática do desrespeito aos marcos substanciais impostos a função jurisdicional, é de extrema relevância reportar-se a este movimento à luz do direito constitucional brasileiro, com foco substancial na aplicação da Constituição, isto é, nas decisões que versam sobre matéria constitucional, e subsidiariamente, sobre as decisões preferidas por tribunais de 1º grau, dado que pela supremacia funcional, cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da constituição, a título de controle de constitucionalidade e omissões legislativas¹².

Não se deve obliterar, todavia, que a prática do ativismo judicial encontra-se presente em instancias de graus inferiores à jurisdição constitucional, pois se a essência deste fenômeno encontra-se no ultraje aos limites substanciais que balizam a atividade da jurisdição, é explícito que esta prática é desenvolvida acontece “em toda e qualquer prática que envolva a aplicação da Constituição” (RAMOS, 2010, p. 140).

Sua definição (ativismo judicial) não está relacionada ao número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADINS) rejeitadas ou deferidas, visto que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou norma é função precípua do Supremo Tribunal Federal, estabelecida pela Constituição de 1988.

De acordo com Ramos (2010), os limites supramencionados, não raro, são transgredidos quando da fiscalização de atos referentes edição legislativa, de atos

¹² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

administrativo-normativos e, da mesma maneira, pelo exercício do poder executivo na função de chefia do Estado.

Porquanto, válido apontar que, esporadicamente, vale-se o Poder Legislativo, este compreendido como Casas Representativas heterogêneas de distintas acepções (Bancada Ruralista X Bancada Ambientalista), da via judicial para reforçar e assegurar os interesses defendidos, v.g. o a impetração de mandado de segurança impetrado por parlamentar contra proposta legislativa:

CONSTITUCIONAL. PODER LEGISLATIVO: ATOS: JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTARES. I- O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. II - Precedentes do STF: MS 20.257/DF, min. Moreira Alves (leading case) (RTJ 99/1031); MS 20.452/DF, min. Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Min. Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, min. Celso de Mello, DJ de 15-9-2003; MS 24.593/DF, min. Maurício Corrêa, DJ de 8-8-2003; MS 24.576/DF, min. Ellen Gracie, DJ de 12-9-2003; MS 24.356/DF, min. Carlos Velloso, DJ de 12-9-2003. III – Agravo não provido.

Em continuidade ao tema, o ativismo judicial, praticado junto ao controle de constitucionalidade pode agredir atacar o direito sob o prisma da “deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente, ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização” (RAMOS, 2010, p. 141) e, nesta última, tem-se que a transgressão por meio da indevida declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

As referidas transgressões estão, na maioria das vezes, atreladas às questões políticas, tendo em conta que atuam como parâmetro para amplificar o campo de exercício dos órgãos judiciários e, desta forma, sua incidência em questões em que lhes é restrita, sob pena de deturpação do princípio constitucional da separação dos Poderes.

Para a corrente favorável à prática ativista, como aduz o Ministro Luís Roberto Barroso, destaca-se, o ativismo judicial por ser uma espécie reserva iluminista da sociedade e que “pode ser lido como um tipo de conduta proativa de juízes em favor do bem comum” (ARANTES, 2017, p. 20). Para outros essa atuação ‘proativa’ dá-se pela vontade de fazer justiça com as próprias mãos.

Em reportagem publicada em outubro de 2017, são demonstrados os entendimentos da juíza Márcia Helena Bosch, em defesa do ativismo judicial, a qual aduz que as alterações informais da Constituição são mutações constitucionais e indispensáveis pelas mudanças circunstanciais da sociedade, e que há a possibilidade e o dever de pautar-se, o juiz,

em atividades que não estão previstas expressamente em lei, contando que tal ato seja para concretizar direitos fundamentais decorrentes da Constituição, bem como para perpetrar a credibilidade do Poder judiciário e outras instituições públicas, “sem que isso implique qualquer ofensa à separação dos Poderes” (ARANTES, 2017, p. 20).

Em vista disso, embora possa o Tribunal determinar que o Poder Legislativo faça a lei necessária, quando ajuizada ação de inconstitucionalidade por omissão, não pode o Supremo de modo algum legislar no lugar do Congresso.

No mesmo periódico, asseveram-se as visões de Eros Grau que, contrariamente, sustenta que o Supremo não é uma espécie de reserva iluminista da comunidade brasileira, como defende os adeptos da corrente ativista, e que este Órgão deve cumprir a função que lhe fora definida pela Constituição da República.

E, ainda, “o juiz não é produtor da justiça, mas aplicador da lei” (GRAU, 2017, p. 08), pois existe uma diferença substancial entre elas. A “lei é um instrumento de organização social que não permite que os mais fortes predominem sobre os mais fracos dentro de certos limites, e isso não nada a ver com justiça” (GRAU, 2017, p. 08) de forma que ao exceder-se, o juiz, intende aplicar a sua justiça.

Com base nos entendimentos Aristotélicos, defende o ex-ministro, que o direito deve ser percebido como prudência, pois não existe exatidão, e sim soluções corretas, as quais estão contidas no quadro da lei. A discricionariiedade permitida pela Constituição deve ser observada, consoante o mesmo, o juiz deve ser, assim como ensinou Montesquieu, “a boca que pronuncia a lei” (GRAU, 2017, p. 09).

Acerca da razoabilidade, entende Grau (2017, p. 14), “que ela não pode ser levada ao ponto de se dizer que lei não é razoável: quem pode mudar a lei é só o Poder Legislativo” e, completa que, sobre a razoabilidade, a competência da Corte se limita o alcance das consequências da decisão dentro do quadro mencionado pela lei.

Apesar do gigantesco embate doutrinário sobre o tema, o ativismo judicial está próximo de sua consolidação no cenário jurídico-político brasileiro, de forma a nascer, mais uma vez, o debate sobre a necessidade de impor limites a interpretação judicial, tenha ela por base os direitos fundamentais ou não.

Atentando-se novamente à Montesquieu em suas orientações, a concentração de poder em uma só função do Estado, facilmente, o corrompe.

Contemporaneamente, sobre o poder discricionário outorgado ao juiz em suas funções e, ainda, o ativismo, em agosto de 2017, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, assentiu o Supremo Tribunal Federal que o ensino

religioso em escolas da rede pública possa ser de natureza confessional, isto é, ligada a uma religião específica. Pois bem, em um país de dimensões continentais, o qual compreende diversas manifestações culturais e religiosas, o qual é ainda, infelizmente, assolado pela intolerância, se faz realmente válida a decisão do Supremo? O órgão máximo atuou como Guardião da Constituição com base nos objetivos fundamentais da República (Art. 3º, inciso IV da CRFB)?

Em contrapartida, malgrado a existência da ultrapassagem dos limites impostos à atuação do Poder Judiciário, a doutrina constitucional ainda não tem se dedicado à fundamentação e sistematização deste fenômeno, permeando sua discussão em trabalhos acadêmicos, dissertações e teses, mas não no cerne do estudo constitucional.

CONCLUSÃO

A divisão de poderes, aperfeiçoada por Montesquieu, funciona de base para as constituições modernas e contemporâneas e, da mesma forma encontram-se os movimentos constitucionalistas, ambos com intuito de limitar o poder do Estado, como arbitrariedades e abusos em prol dos direitos de primeira dimensão e, assim, sucessivamente.

O contexto trazido ao Direito pela 2ª Guerra Mundial e, em terras brasileiras, pelo período de ditadura militar, fez emergir a necessidade de ampliação de direitos positivados. Dessa forma a Constituição de 1988 elenca em seu bojo um vasto rol de direitos fundamentais, não sendo este taxativo, conforme mencionado neste trabalho, a norma fundamental, mesmo não positivada, goza de valor e serve de amparo para decisão judicial.

Após estes períodos de horrores vivenciados pela humanidade, houve mudança significativa, também, no campo da hermenêutica, de modo a dilatar os métodos de interpretação, em especial, tornando necessária a distinção entre regras e princípios, sendo que os princípios atuam como mandados de otimização a serem realizados na maior escala possível. No que tange aos direitos fundamentais positivados, pois nestes, a atividade interpretativa é intrínseca à própria aplicação do Direito, primeiro, há de se interpretar/compreender o enunciado normativo, deste resultará a norma jurídica, o sentido daquela norma e, por último será formulada a norma de decisão a ser aplicada no caso concreto.

Não obstante métodos interpretativos constantes de doutrinas e praxes judiciais, notória é a discricionariedade outorgada aos magistrados no exercício de suas funções, destarte, para alguns é imprescindível atentar-se ao texto, pois, ela consiste em um meio de organização social e não um modo de alcançar a justiça, nesta linha de pensamento, quando juízes excedem os limites impostos, intentam aplicar sua justiça, seus juízos de valores.

De outro prisma, a aplicação do direito deverá primar pela efetivação dos direitos fundamentais, em sua maioria, contidos na Constituição, consiste numa visão antiformalista, que se utiliza do método de ponderação de princípios e, ainda, dos valores norteadores da comunidade política, demonstrando um crescimento da força jurisprudencial, bem como a mudança fática da fonte principal do Direito, que antes eram as leis.

Tem-se, portanto, o ativismo judicial, o qual é realizado em todas as instâncias no Poder Judiciário. Por certo, que uma de suas causas é o alto grau de judicialização decorrente do próprio texto constitucional ao designar as incumbências do Poder Judiciário, inclusive, sobre a fiscalização de outros poderes. No entanto, a judicialização não implica em ativismo,

pois, somente será ativista o juiz em que, sob pretexto de promoção de direitos fundamentais, ou em sua atividade de fiscalização, ultrapassar os limites impostos pelo Direito (lei) e, ainda, da segurança jurídica.

A interferência do Poder Judiciário aos demais surge, também, quando da inatividade do Legislativo ou Executivo a respeito daquilo que lhe era incumbido pela Constituição de realizar, por exemplo: o art. 37, inciso VII da Lei Maior dispõe que o direito de greve para servidores públicos “será exercido nos termos e nos limites da lei específica”, conquanto, diversas classes profissionais, ante a omissão legislativa, valeram-se do Judiciário para a busca de uma solução.

E, apesar de algumas soluções serem obtidas – de forma relativamente célere - por meio da atividade judicial, e do ativismo, em Estados democráticos, a ultrapassagem dos limites impostos pela lei ao exercício jurisdicional pode resultar na prostração de sua executoriedade, devido influências políticas na deterioração da autonomia funcional dos poderes. Deste modo, tanto na atividade interpretativa quanto aplicação, jamais deve ser olvidado, tal como aduz Eros Grau, que o Direito é uma prudência.

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.addconst.com.br/revista13/valeGeorgesRafael.pdf> > Acesso em 25 de agosto de 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARANTES, Paulo Henrique. O polêmico – e hoje corriqueiro – ativismo judicial. **O uso e abuso do ativismo judicial: casos em que o judiciário legisla são cada vez mais frequentes**. n. 31, p. 18-26, out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.667. AgR, rel. min. Carlos Velloso, 04 de dezembro de 2003, DJ de 23 de abril 2004. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373374>> Acesso em 06 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 22.183. Relator o Ministro Marco Aurélio, Relator p/ acórdão o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 12 de dezembro de 1997. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5297528>> Acesso em 06 de outubro de 2017.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 17. ed. São Paulo: Editora Globo 2005.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Campinas: Russel, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, GianFranco. **Dicionário de política vol. I**. Traduzido por Carmem C. Varriale, Gateano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Editora UNV, 1998. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>> Acesso em 29 de agosto de 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 2016.

CAASP, Revista. Entrevista Eros Roberto Grau. **O uso e abuso do ativismo judicial: casos em que o judiciário legisla são cada vez mais frequentes**. n. 31, p. 6-17, out. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do ato de governo. **Revista Informativa Legislativa**. Brasília, v. 24, n. 95, jul./set. 1987. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181774/000432237.pdf?sequence=3>>. Acesso em 06 de outubro de 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica)**.

Disponível em

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 07 de outubro de 2017.

_____. **Significado e atualidade da separação dos poderes.** In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Editora Método, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP.* São Paulo, v. 21, p. 12-21 mar./mai. 1994. Disponível em <<https://www.usp.br/revistausp/21/SUMARIO-21.htm>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

GONÇALVES, Bruno Henrique. **Da judicialização da política ao ativismo judicial: uma análise constitucional democrática do protagonismo judicial – em busca de uma legitimação da decisão jurídica.** 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2014. Disponível em <<https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2014/05.pdf>> Acesso em 09 de outubro de 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E>. Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O poder moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933: um estudo comparado.** Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198714/000901836.pdf?sequence=1>> Acesso em 06 de outubro de 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Tomo II. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes; **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MONTORO, André Franco. **Fontes do direito em suas modalidades fundamentais**.

Disponível em

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180747/000349051.pdf?sequence=1>>

Acesso em 10 de outubro de 2017.

_____. **O problema das fontes do direito. Fontes formais e materiais. Perspectiva filosófica, sociológica e jurídica**. Brasília, v. 8, n. 32, p. 7-12, out./dez. 1971. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180464/000340719.pdf?sequence=1>> Acesso em 10 de outubro de 2017.

PITA, Flávia Almeida. **A jurisprudência como fonte do direito. Qual é hoje seu papel no sistema jurídico brasileiro?** 2002. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal de Pernambuco, Feira de Santana, 2002. Disponível em

<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4477/arquivo5697_1.pdf?seque=1&isAllowed=y> Acesso em 10 de outubro de 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. As relações entre direito e moral crítica. O direito como integridade segundo Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**. Brasília, v. 39, n. 1, p. 205-218, 2014. Disponível em <<http://revista.pg.df.gov.br/index.php/RJPGDF/article/viewFile/219/142>> Acesso em 10 de outubro de 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeitos: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Dicionário de filosofia e ciências culturais**. São Paulo, 1963. Disponível em < <https://www.passeidireto.com/arquivo/5263319/dicionario-de-filosofia-e-ciencias-culturais---mario-ferreira-dos-santos>> Acesso em 11 de outubro de 2017.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Manoela Alves da. **A efetividade da atuação do poder legislativo face ao ativismo judicial no contexto brasileiro**. Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/manoelasilva/artigos/a-efetividade-da-atuacao-do-poder-legislativo-face-ao-ativismo-judicial-no-contexto-brasileiro-2026>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o supremo tribunal federal como arena de deliberação política**. 2010. Tese (Doutorado). Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, 2010. Disponível em < bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf>. Acesso em 09 de outubro de 2017.

SOARES, Mário Lúcio Quintão, **Teoria do estado introdução**, 2. ed. Belo Horizonte, 2004. Disponível em < http://br.librosintinta.in/biblioteca/pdf/BcHRDYAwCAXAjeDfbTBUJaHSwous790DrIO5u8ntHAIJk9dqBkXe7PZIFE_fBR0F0aC11w8,.htx> Acesso em 18 de fevereiro de 2017.

SOUZA, Rogério Soares de. A jurisprudência como fonte de Direito. **Periódico Científico Projeção, Direito e Sociedade**. v. 5, n. 2, p. 39-50, dez. 2014. Disponível em < <revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/download/411/368>> Acesso em 10 de outubro de 2014.

STRECK, Lênio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em 09 de outubro de 2017.

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

_____. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILHENA, Oscar Vieira. **Supremo tribunal federal**: jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.