

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO SOB A
PERSPECTIVA GARANTISTA**

NAIANA MACHADO

**FLORIANÓPOLIS
2015**

NAIANA MACHADO

**ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO SOB A
PERSPECTIVA GARANTISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

FLORIANÓPOLIS

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Ativismo Judicial e Estado Constitucional de Direito Sob a perspectiva garantista**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Naiana Machado**, defendido em **01/12/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

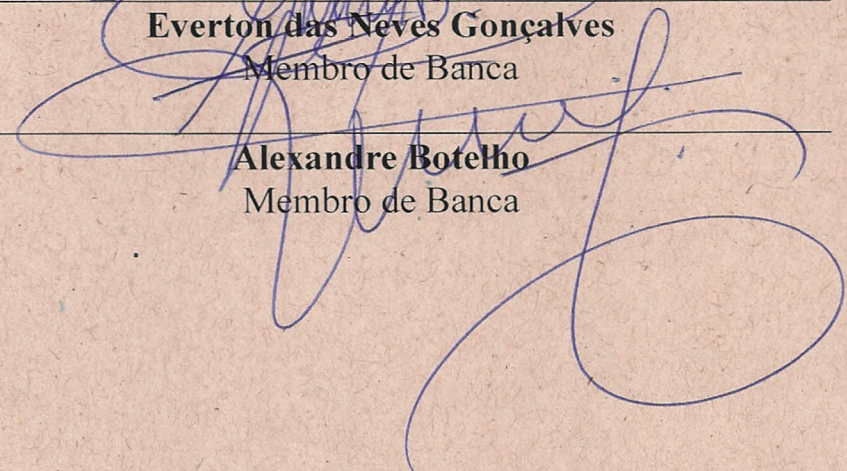
Florianópolis, 1 de Dezembro de 2015



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Everton das Neves Gonçalves
Membro de Banca



Alexandre Botelho
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Naiana Machado**

RG: *4.689.783*

CPF: *055.278.679-98*

Matrícula: **11100257**

Título do TCC: **Ativismo Judicial e Estado Constitucional de Direito Sob a perspectiva garantista**

Orientador(a): **Luiz Henrique Urquhart Cademartori**

Eu, **Naiana Machado**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 1 de Dezembro de 2015

Naiana Machado

Naiana Machado

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo identificar as origens da ascensão institucional do Poder Judiciário e discutir os principais elementos distintivos do constitucionalismo principialista (ou neoconstitucionalismo) em relação ao garantismo, a fim de verificar se existe compatibilidade entre o ativismo judicial e o constitucionalismo garantista. Para isso, relata as principais transformações ocorridas no campo do Direito após a Segunda Guerra Mundial, especialmente no que se refere à estrutura dos ordenamentos jurídicos as quais culminaram na formação do Estado Constitucional de Direito e no paradigma do constitucionalismo contemporâneo. Em um segundo momento são apontadas as premissas do constitucionalismo principialista e as críticas que lhes são dirigidas. Por fim, o constitucionalismo garantista, como modelo teórico e projeto político, é apresentado como alternativa para encarar os problemas decorrentes da ausência de limites aos poderes públicos, da efetividade dos direitos fundamentais e da discricionariedade e subjetividade da interpretação judicial.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; garantismo; Estado Constitucional de Direito; ativismo judicial; judicialização.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 5 |
| 1 O CONSTITUCIONALISMO RÍGIDO E DEMOCRÁTICO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO | 7 |
| 1.1 A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO | 7 |
| 1.2 CONSTITUIÇÃO E (NEO)CONSTITUCIONALISMO | 10 |
| 1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO | 14 |
| 1.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL | 15 |
| 1.5 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO | 17 |
| 1.6 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL | 20 |
| 2 O CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA | 27 |
| 2.1 A CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL E A FORMULAÇÃO DE PRINCÍPIOS MORAIS NAS CONSTITUIÇÕES | 29 |
| 2.2 A DISTINÇÃO ESTRUTURAL E QUALITATIVA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS | 33 |
| 2.3 O PAPEL CENTRAL CONFERIDO À PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL | 37 |
| 3 O GARANTISMO COMO ALTERNATIVA AO PRINCIPALISMO | 45 |
| 3.1 A ORIGEM DO GARANTISMO JURÍDICO | 45 |
| 3.2 AS TRÊS ACEPÇÕES DE GARANTISMO | 46 |
| 3.3 ASPECTOS DE UMA TEORIA GERAL DO GARANTISMO | 49 |
| 3.4 A RELAÇÃO ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO E CONSTITUCIONALISMO | 50 |
| 3.5 A IMPORTÂNCIA DAS GARANTIAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS | 51 |
| 3.6 A VINCULAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS NO ESTADO DE DIREITO | 52 |
| 3.7 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SEPARAÇÃO DE PODERES | 54 |
| 3.8 A INCOMPATIBILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL COM O MODELO DE CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA | 56 |
| CONCLUSÃO..... | 59 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DIGITAIS | 62 |

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, tem-se verificado um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia por todo o sistema jurídico, como reflexo da experiência histórica de transição dos regimes autoritários para a democracia após a Segunda Guerra Mundial. Essa constitucionalização do direito vem acompanhada de uma profunda transferência de poder das instituições representativas para os tribunais e de um aumento significativo na demanda por justiça por parte da população.

A ascensão institucional do Judiciário é uma tendência crescente em diferentes países, nos quais a sociedade tem confiado ao Poder Judiciário o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de políticas públicas e até mesmo controvérsias políticas. No entanto, ainda é grande a confusão entre “ativismo judicial” e “judicialização da política”, sendo muitas vezes tratados como sinônimos e sem a devida preocupação com os riscos de uma intervenção judicial excessiva.

Torna-se imprescindível, portanto, a diferenciação entre tais conceitos, bem como uma reflexão acerca dos limites e possibilidades da atuação judicial e sua adequação ao Estado Constitucional de Direito, a fim de preservar a autonomia do Direito e as conquistas democráticas do segundo pós-guerra.

Além disso, tendo em vista que a ampliação da jurisdição constitucional e a crescente demanda por justiça e pela preservação e promoção dos direitos fundamentais suscitaram uma nova maneira de pensar e praticar o direito, o presente trabalho buscará analisar de maneira singular a relação entre a maior interferência do Judiciário no espaço de atuação dos demais Poderes e o constitucionalismo argumentativo ou principialista em contraposição ao constitucionalismo normativo ou garantista através de suas premissas básicas.

O problema que fundamenta esta pesquisa consiste na investigação do fenômeno do ativismo judicial, a fim de verificar se existe compatibilidade entre esse tipo de atuação judicial e o Estado Constitucional de Direito na perspectiva do garantismo proposto por Luigi Ferrajoli.

A hipótese principal que se apresenta diante de tal questionamento é negativa, ou seja, o ativismo judicial, na medida em que extrapola as competências do Poder Judiciário e seus limites de atuação, convertendo-se em um protagonismo que carrega consigo grande parcela de discricionariedade, é incompatível com a proposta garantista para o Estado Constitucional de Direito, visto que não se coaduna com as suas premissas.

O interesse em trabalhar o tema advém das controvérsias suscitadas nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial acerca da invasão do Poder Judiciário no domínio dos outros Poderes Estatais como uma prática antidemocrática e carente de legitimidade. Assim, pretende-se explorar as características do neoconstitucionalismo com o propósito de construir alternativas para o enfrentamento desse impasse.

Para tanto, o trabalho se divide em 3 capítulos. No primeiro capítulo, serão abordados: o processo de formação do Estado Constitucional de Direito, as mudanças ocorridas no conceito de Constituição ao longo dos últimos anos, uma tentativa de definição do (neo)constitucionalismo, bem como os fenômenos da constitucionalização do direito, da judicialização da política e do ativismo judicial a partir da compreensão da jurisdição constitucional e da ascensão institucional do Poder Judiciário.

Em seguida, analisa-se o modelo de constitucionalismo principialista, comumente conhecido como neoconstitucionalismo, através de suas premissas básicas, quais sejam: (1) a conexão entre Direito e Moral e a formulação de princípios morais nas Constituições; (2) a distinção estrutural e qualitativa entre princípios e regras; e (3) e o papel central conferido à ponderação de princípios na atividade jurisdicional. Nesse capítulo, também são levantadas as críticas dirigidas a cada um dos tópicos descritos, especialmente, sob o ponto de vista do constitucionalismo garantista.

Por fim, apresenta-se a proposta do garantismo de Luigi Ferrajoli de um modelo teórico e projeto político de matriz positivista como alternativa ao constitucionalismo principialista, nitidamente jusnaturalista (ou pós-positivista como preferem alguns), para a redução da discricionariedade judicial através do estabelecimento de um sistema de limites e vínculos a todos os poderes e da formulação de garantias idôneas para assegurar o grau máximo de efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, segundo o qual parte-se de argumentos gerais para argumentos particulares. Inicialmente, são apresentados todos os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais.

Já o levantamento de dados foi realizado de forma indireta, através de pesquisa bibliográfica, a partir de materiais já publicados em livros, artigos, dissertações e teses nas áreas de Direito Constitucional, Teoria do Direito e Filosofia do Direito.

1 O CONSTITUCIONALISMO RÍGIDO E DEMOCRÁTICO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

1.1 A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas no campo do Direito ao longo do século XX foi a superação da concepção de Constituição como um documento essencialmente político passando a assumir o status de norma jurídica dotada de força vinculante, tese desenvolvida pelo constitucionalista alemão Konrad Hesse (1991). Conseqüentemente, houve o seu deslocamento para o vértice do sistema jurídico, alcançando a condição de lei suprema do Estado, acompanhado também pela característica da rigidez constitucional, traduzida na maior dificuldade para modificação do seu texto do que para a alteração das demais normas jurídicas do ordenamento.

Ademais, a vigência das normas continuou a depender da sua **forma** de produção (*princípio da legalidade formal*), mas sua validade passou a depender do **conteúdo** (*princípio da legalidade substancial*), que diz respeito à coerência com os princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos. Ou seja, segundo Ferrajoli (2015), à separação e diferenciação externa entre justiça e validade, acrescenta-se a distinção interna entre validade e existência.

Essa profunda inovação ocorrida na estrutura dos ordenamentos jurídicos, iniciou na Europa continental através da introdução, após a Segunda Guerra Mundial, de Constituições rígidas, hierarquicamente superiores à legislação ordinária e dotadas de controle jurisdicional de constitucionalidade, dando origem ao *constitucionalismo*, orientação que hoje prevalece na teoria e na filosofia do direito (FERRAJOLI, 2015). Disso resultou um conjunto amplo de transformações que afetam o modo como se pensa e se pratica o Direito no mundo contemporâneo.

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental – especialmente na Alemanha e na Itália –, foi o constitucionalismo do pós-guerra. Já no Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (BARROSO, 2005, p. 3).

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a

subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional (BARROSO, 2005, p. 3).

Entretanto, para Cademartori e Duarte (2012), estas cartas constitucionais apenas delimitaram o início de um novo fenômeno jurídico-político, cuja realidade se desenvolveu de forma essencialmente dinâmica a partir de uma concepção estatal intervencionista, de cunho social, normativamente instituída por Constituições dirigentes. Os princípios e as normas programáticas de caráter socioeconômico e cultural de tais Constituições vieram efetivamente encontrar um horizonte de aplicabilidade somente com o desenvolvimento de teorias hermenêuticas e de argumentação jurídica mais recentes desenvolvidas sob o contexto do Estado Constitucional.

Desse modo, é necessário distinguir o Estado Social de Direito (ou *Welfare State*) do Estado Constitucional. Os estados sociais apresentaram a preocupação de instituir princípios e garantias de ordem substancial ao cidadão, incrementando a esfera dos direitos fundamentais, caracterizados até então pelas liberdades públicas que se perfaziam sob um aspecto de atuação negativa do Estado frente ao cidadão, vale dizer, de abstenção. O advento dos direitos sociais passou, então, a demandar uma atuação positiva do Estado, suscitando o surgimento de mecanismos jurídico-processuais efetivos de implementação ou garantias de cumprimento de tais direitos na eventual omissão dos poderes públicos. Nesse ponto reside uma especificidade própria do Estado Constitucional frente ao modelo Social: uma realidade política e jurídica preocupada, essencialmente, com a realização efetiva dos direitos fundamentais proclamados, tanto no Estado Liberal quanto no Social (CADEMARTORI; DUARTE, 2012).

Quanto ao plano teórico, de acordo com Barroso (2005), três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional no que diz respeito à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

No Brasil, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina da efetividade*, cuja essência é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Uma vez que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da imperatividade, podem ser descumpridas tanto por ação quanto por omissão. Ocorrendo uma violação, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo pode ir a juízo

postular a reparação. E, conseqüentemente, o Poder Judiciário passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição (BARROSO, 2007).

Vale ressaltar, entretanto, que o valor normativo supremo da Constituição não surge instantaneamente, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política (MENDES; BRANCO, 2015).

Ao longo do século XIX, sob a forma de *Estado de Direito*, o núcleo essencial das primeiras Constituições escritas era composto basicamente por normas de repartição e limitação do poder. A noção de democracia desenvolveu-se e aprofundou-se somente mais adiante com a incorporação de ideias como fonte legítima do poder e representação política. Os termos da complexa equação que traz como resultado o *Estado Democrático de Direito* – **quem** decide (fonte de poder), **como** decide (procedimento adequado) e o que **pode e não pode** ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas do órgão de poder) – foram completados somente quando já se avançava no século XX. Já a construção do *Estado Constitucional de Direito*, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia (BARROSO, 2009).

Nesse contexto, a diferenciação entre Estado de Direito (ou Estado Liberal Clássico) e Estado Constitucional, segundo Cademartori e Duarte (2012 apud PÉREZ LUÑO, 2002), reside em um tríplice deslocamento do papel que desempenham as normas constitucionais e infraconstitucionais, cujo posição atual no Estado Constitucional passa a ser a seguinte: (1) deslocamento do princípio da primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição; (2) deslocamento da reserva da lei para a reserva constitucional; e (3) deslocamento do controle jurisdicional da legalidade para o controle jurisdicional da constitucionalidade.

Para Ferrajoli (2015, p. 21-22):

Na concepção do primeiro *Estado legislativo de direito*, que não possui constituições rígidas, mas no máximo constituições flexíveis, o fundamento do Estado vinha expresso por intermédio de fórmulas de tipo vagamente metafísico e organicista: o corpo social, a nação, a vontade geral, o *demos*, o povo soberano, o espírito do povo e tantos outros, dos quais a esfera pública era tomada como expressão política. O constitucionalismo rígido e democrático do *Estado constitucional de direito*, que não por acaso se afirmou na Europa após a liberação dos diferentes fascismos, substitui estas representações ideológicas com a explícita positivação, no pacto constitucional, dos fundamentos, da razão de ser do artifício estatal: de um lado as formas representativas da democracia política e a separação dos poderes, de outro, os direitos fundamentais impostos às decisões políticas enquanto limites e vínculos de substância.

Em outras palavras, o papel e a densidade normativa conferidos à Constituição através dos direitos fundamentais, a preocupação com a operacionalização dos princípios constitucionais e a afirmação e legitimação das instituições jurídicas e políticas, fundaram uma nova teoria do direito, cujo pressuposto seria o paradigma do *constitucionalismo* ou, no seu fundamento político-institucional o paradigma do *Estado Constitucional de Direito* (CADEMARTORI; DUARTE, 2012).

Com isso não se pretende traçar delimitações rígidas ou assinalar uma superação pura e simples de um modelo jurídico-político pelo outro, mas apenas estabelecer suas características mais marcantes a fim de que se possa compreender a essência dessa nova maneira de pensar e discutir o problema atinente às formas de interpretar e aplicar as normas constitucionais, o qual representa para o Constitucionalismo Contemporâneo um campo temático de investigação considerável e de extrema relevância (CADEMARTORI; DUARTE, 2012).

1.2 CONSTITUIÇÃO E (NEO)CONSTITUCIONALISMO

Segundo José Afonso da Silva (2010), a Constituição, considerada a lei fundamental do Estado, tem por objeto estabelecer a estrutura e a organização dos órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais. Porém, nem sempre essa Carta teve objeto tão amplo. Este vem estendendo-se no decorrer da história, incorporando algo novo a cada etapa.

O termo *constitucionalismo* – que significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei – é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. E apesar de sugerir, de modo explícito, a existência de uma Constituição, essa associação nem sempre é necessária ou verdadeira. As ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antiguidade Clássica, muito embora o vocábulo seja associado aos processos revolucionários francês e americano (BARROSO, 2009).

Consoante Luís Roberto Barroso (2009, p. 73):

O constitucionalismo moderno, fruto das revoluções liberais, deu à ideia de Constituição sentido, forma e conteúdo específicos. É certo, contudo, que tanto a noção como o termo “Constituição” já integravam a ciência política e o Direito de longa data, associados à configuração do poder em diferentes fases da evolução da humanidade, da Antiguidade clássica ao Estado moderno. Nessa acepção mais ampla e menos técnica, é possível afirmar que todas as sociedades políticas ao longo

dos séculos tiveram uma Constituição, correspondente à forma de organização e funcionamento de suas instituições essenciais.

De fato, as primeiras Constituições modernas, materializadas em documentos escritos, aprovados mediante um procedimento formal e solene, surgiram, nos Estados Unidos (1787) e na França (1791) com as revoluções liberais. Mas, o Direito Constitucional somente se desenvolve na Europa como disciplina autônoma nas últimas décadas do século XIX, quando os regimes constitucionais finalmente se impõem sobre as monarquias absolutas e os governos oligárquico-aristocráticos (BARROSO, 2009). É no século XVIII, com os movimentos liberais, que surgem os atributos da Constituição como instrumento orientado para conter o poder e como técnica de proteção às liberdades para a preservação da dignidade da pessoa humana (MENDES; BRANCO, 2015).

Apesar disso, o constitucionalismo dos Estados Unidos é considerado uma característica histórica e não uma singularidade contemporânea, visto que sua Constituição – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pela Judiciário (BARROSO, 2005).

Na França, o processo de constitucionalização do Direito, também com características peculiares, teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958 não previu o controle de constitucionalidade, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor. Desse modo, não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Ademais, tal processo de constitucionalização enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação (BARROSO, 2005).

Por outro lado, no Brasil, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos muito mais recentes, subsequentes ao regime militar, que se consolidaram somente após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988 (BARROSO, 2009). A efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, é a base sobre a qual se desenvolveu (e continua se desenvolvendo) a nova interpretação constitucional (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Assim, o período de grande efervescência teórica vivenciado pelo direito constitucional atual (e as complexidades práticas na sua realização) pode ser explicado em razão das circunstâncias históricas e políticas que o condicionam, bem como das conquistas

incorporadas ao patrimônio da humanidade e do avanço na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados (BARROSO, 2009).

À vista disso, pode-se dizer que existem diferentes concepções de *constitucionalismo*. O constitucionalismo “jurídico” – sistema jurídico e/ou teoria do direito que se firmou com as Constituições rígidas do segundo pós-guerra – difere, por exemplo, do constitucionalismo “político” – moderno e, até mesmo antigo – que diz respeito à prática e concepção dos poderes públicos voltadas à sua limitação e à garantia de determinados âmbitos de liberdade (FERRAJOLI, 2012).

Todavia, a despeito dos diversos pontos de vista, entende-se, conforme Ferrajoli (2012, p. 13), que:

[...] o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.

Identifica-se, porém, duas maneiras de opostas de encará-lo: como uma superação “jusnaturalista” do positivismo jurídico ou, por outro lado, como sua expansão e completamento. De acordo, com Ferrajoli (2012, p. 13) “a primeira concepção, frequentemente etiquetada de ‘neoconstitucionalista’, é seguramente a mais difundida”. Outra distinção, apenas em parte coincidente com anterior, é aquela entre constitucionalismo argumentativo ou principialista e constitucionalismo normativo ou garantista.

Há que se lembrar, no entanto, que os adeptos de uma visão antijuspositivista do constitucionalismo não se declaram normalmente jusnaturalistas, mas não positivistas ou pós-positivistas. O que os aproxima é a configuração como princípios ético-políticos de grande parte das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, e a adoção de uma distinção forte, qualitativa e estrutural entre princípios e regras, sendo os primeiros objeto de ponderação e as segundas de aplicação mediante subsunção (FERRAJOLI, 2015).

De acordo com Barcellos (2005), a particularidade do neoconstitucionalismo consiste no modo de concretização da normatividade, da superioridade e da centralidade da Constituição através de técnicas jurídicas no dia-a-dia da aplicação do direito, abarcando as discussões sobre a eficácia jurídica dos princípios fundamentais, as possibilidades de controle das omissões inconstitucionais e os diversos estudos que procuram compreender e interpretar a legislação ordinária a partir do texto constitucional.

Nesse contexto, o marco filosófico do novo direito constitucional é caracterizado pela confluência entre as correntes do jusnaturalismo e do positivismo. Segundo Barroso (2005, p. 4), o momento atual pode ser descrito como a “superação – ou talvez, sublimação – dos dois modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”.

Para Streck (2011, p. 21-22), entretanto:

Somente pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva, exegético-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discrecional. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito, nem como cláusulas de abertura.

Além disso, é possível notar entre os adeptos do *neoconstitucionalismo* uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política de modo que se leva a crer que não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa (SARMENTO, 2009).

Parte da doutrina tem utilizado a expressão neoconstitucionalismo para designar o estado do Constitucionalismo Contemporâneo, transmitindo a ideia de que se está diante de um fenômeno novo, substancialmente diverso daquele que o antecedeu constitucional (BARCELLOS, 2005). Nesse viés, falar de neoconstitucionalismo implica ir além do constitucionalismo de feições liberais em direção a um constitucionalismo compromissório de feições dirigentes (STRECK, 2011).

No entanto, não se trata de um “novo legalismo” ou “super legalismo”, mas sim uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Explicando melhor essa problemática: o neoconstitucionalismo seria uma resposta a outro tipo de poder ilimitado – o do *Estado Social burocrático*, que se formou durante o entre guerras e cujo paroxismo foi representado pelos estados nazifascistas (STRECK, 2012).

Logo, tal terminologia resulta, sob vários aspectos, ambígua e enganadora. Por vezes, é utilizada como sinônimo de “Constitucionalismo Contemporâneo” ou mesmo “Pós-

positivismo”, referindo-se ora a um modelo de organização jurídico-política (ou de Estado de Direito), ora a um tipo de Teoria do Direito que se requer para explicar tal modelo e, outras vezes ainda, identifica-se como uma ideologia que retrata uma visão de mundo pautada em valores *jusfundamentais* (CADEMARTORI; DUARTE, 2012).

Por essa razão, como sugere Ferrajoli (2012), a utilização dos termos “jus-constitucionalismo” ou “constitucionalismo jurídico” ou, ainda melhor, “Estado Constitucional de Direito” ou simplesmente, “constitucionalismo” para designar o constitucionalismo rígido das atuais democracias constitucionais – qualquer que seja sua concepção filosófica e metodológica – em oposição ao “Estado Legal” ou “Estado legislativo de Direito”, privado de Constituição ou dotado de Constituição flexível.

1.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A constitucionalização do direito expressa a irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, em grande parte, por via da jurisdição constitucional (BARROSO, 2005). Isso se dá porque a Constituição não é mais vista como uma simples norma cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas, e sim como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico (SARMENTO, 2009).

Esse fenômeno repercute sobre os diferentes poderes estatais, impondo deveres negativos e positivos de atuação ao legislador e ao administrador, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais (BARROSO, 2005, p. 13).

Esta nova racionalidade se propaga também pelos diversos ramos do Direito, onde os institutos tradicionais são objeto de releitura à luz das normas e valores constitucionais, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas (SARMENTO, 2009).

Muito embora poucos discordem, pelo menos no Brasil, de que alguma constitucionalização do Direito é positiva e bem-vinda, o seu extremo pode acabar amputando em demasia o espaço de liberdade do legislador em detrimento da democracia. Quando tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, restando pouca autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. Dessa maneira, para Sarmiento (2009), o excesso de constitucionalização do Direito reveste-se de um viés antidemocrático.

Streck (2010) também faz um alerta para que, a despeito de textos constitucionais cada vez mais analíticos e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional – especialmente por meio do controle de constitucionalidade – essa diminuição do “poder” da legislação não venha a representar um apequenamento da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito.

A questão torna-se ainda mais delicada diante da constatação de que o principal agente do processo de constitucionalização acaba sendo o Poder Judiciário, ao dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição. Conforme Barroso (2013, p. 870), “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis”. Daí porque, tal reflexão se imbrica inexoravelmente com as discussões a propósito da judicialização da política e do ativismo judicial (SARMENTO, 2009).

1.4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Uma vez que a Constituição é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como *jurisdição constitucional*, destinados a, pela via judicial, fazer valer os comandos contidos na Constituição (BARROSO, 2009).

Eis que:

A constituição de 1988 dedicou um extenso rol de direitos individuais e sociais, gerando uma séria contradição na medida em que séculos de negligência estatal criaram um enorme contingente de marginalizados, que exigem cada vez mais políticas e serviços públicos, ao passo que os administradores não são capazes de dar efetividade ao texto constitucional e fazer frente a essa demanda por direitos. Em pouco tempo, o descompasso entre o papel e a realidade desaguou nas mesas dos tribunais do país (FONTE, 2009, p. 3).

Logo, a expressão “jurisdição constitucional” designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. Segundo Barroso (2013), compreende tanto a aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas quanto a sua aplicação indireta, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição).

Ao longo dos últimos dois séculos, a doutrina elaborou duas grandes linhas de justificação acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*, isto é, órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. A primeira, mais tradicional, encontra fundamento na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe ao Judiciário, portanto, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, procura legitimar o desempenho da atuação judicial na preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação (BARROSO, 2005).

Outra questão que envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário é a do controle de políticas públicas. Ao mesmo tempo que a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. A fim de assegurar a supremacia da Constituição, mas evitar hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos para o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2005).

Por fim, embora a jurisdição constitucional não seja um componente indispensável ao constitucionalismo democrático, ela representa um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, coexistindo com a legitimação majoritária e servindo-lhe de contraponto e complemento. No entanto, o fato de a última palavra acerca da

interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transformam no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional (BARROSO, 2013).

Ao lado desse amplo exercício de jurisdição constitucional há um outro fenômeno que merece ser destacado: sob a égide da Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. A redescoberta da cidadania e a conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos, bem como a criação de novos direitos, a introdução de novas ações e a ampliação da legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual, conduziram a um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo (BARROSO, 2005).

1.5 A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário que se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial (BARROSO, 2013). Como ressalta Fonte (2009, p. 2), “as elites políticas já não buscam mais soluções fora da Constituição para resolver os seus impasses”.

Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados e, sobretudo, por cortes constitucionais, elevando a importância política do Poder Judiciário de mera “boca que pronuncia as palavras da lei” para uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo (SARMENTO, 2009).

Como lembra Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994), o Estado Liberal, era caracterizado por uma neutralização política do Poder Judiciário pelos demais poderes. Com o advento do Estado do Bem-Estar Social e das liberdades positivas, altera-se a função do Poder Judiciário, ao qual agora não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se exercício da atividade do Legislativo e do Executivo conduzem a concretização dos fins do Estado (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).

De acordo com Barroso (2013), a supremacia judicial pode ser entendida como a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante

das normas constitucionais. É uma característica do Estado constitucional de direito, no qual vigora a centralidade da Constituição, que se opõe ao Estado legislativo de direito, onde vigorava a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento.

Em diferentes partes do mundo, cortes constitucionais ou supremas cortes têm se destacado como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na sociedade:

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment* (BARROSO, 2012, p. 23).

Nesse contexto, é importante destacar o famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual a Suprema Corte americana consolidou o princípio da supremacia da Constituição, bem como a autoridade do Judiciário para zelar por ela, inclusive invalidando os atos emanados do Executivo e do Legislativo que a contrariem. Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição, sua trajetória foi marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção (BARROSO, 2009).

Para Maus (2000, p. 185), “a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das mais marcantes personalidades de juízes que fizeram sua história constitucional, os quais aparecem como ‘profetas’ ou ‘deuses do Olimpo do direito’”.

O conceito de supremacia constitucional, inspirado na experiência norte-americana, disseminou-se por mais de 100 países ao redor do mundo, provocando uma transferência de poder das instituições representativas para os tribunais que passaram a desempenhar um papel mais ativo (HIRSCHL, 2009).

No Brasil, a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário ocorrida nos últimos anos foi impulsionada pela recuperação das liberdades democráticas e as garantias da magistratura. Juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Essas transformações alteraram significativamente a relação da sociedade com as

instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes (BARROSO, 2005).

Para Mendes e Branco (2015, p. 53):

É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumira parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo.

Entretanto, a atuação dos tribunais tem se tornado cada vez mais abrangente e expandido seu escopo, transformando-se em um fenômeno diverso, multifacetado, que vai muito além do conceito de elaboração de políticas públicas por juízes, por meio de decisões sobre direitos e da remarcação judicial das fronteiras entre órgãos do Estado. A judicialização da política tem incluído a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver (HIRSCHIL, 2009).

Maus (2000) atribui o crescimento do Terceiro Poder à ampliação objetiva das funções do Judiciário, ao aumento do poder da interpretação, à crescente disposição para litigar, à consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador e, principalmente, à representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Para Fonte (2009), esse fenômeno revela a descrença da classe jurídica com os poderes executivo e legislativo, responsáveis, em termos históricos, pela formulação e execução das políticas públicas.

Esse movimento de ampliação no Poder Judiciário brasileiro, particularmente no Supremo Tribunal Federal é contemporâneo à retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e representatividade. Para Barroso (2013), a corte suprema tem produzido decisões que envolvem uma atuação quase normativa como resultado da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar. Portanto, no Brasil, não se trata apenas de um fenômeno conjuntural, mas de uma crônica disfunção institucional.

Segundo Teixeira e Neves (2014), essas transformações, decorrentes em parte de um modelo de Estado (o *Welfare State*) e, em outra, de um modelo de constitucionalismo que visa implementar os desideratos do Estado Social, acabam por transmitir ao Direito e ao Poder Judiciário o papel de resguardar as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.

Deve-se cuidar, no entanto, para que o Judiciário não se transforme em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas

capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público (BARROSO, 2013). A função do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser a de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais (BARROSO, 2005).

Para Tassinari (2012), o deslocamento do polo de tensão do executivo para o Judiciário gerado pela passagem da concepção de Estado Social para Estado Democrático de Direito tem confundido a maior participação do Judiciário com uma prática desprovida de limites.

O poder judicial, a função judicial ou, sobretudo e melhor, a jurisdição tornaram-se um tema e um problema centrais no universo jurídico dos nossos dias. E não certamente apenas no âmbito escrito desse universo, pois que o seu relevo se projecta como uma importância aguda e a muitas dimensões no mundo global da prática comunitária. É vocação do *judicium* exorcisar o poder só como poder e mais ainda a força arbitrária impondo razões de validade e críticas à acção na inter-acção, e o nosso tempo, que tem feito experiências cruéis e regressivas, desse poder e dessa força, sente profundo e urgente apelo à razão contra a atávica irracionalidade (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 1).

Assim, essa problemática tem se tornado o combustível de um debate permanente na teoria/filosofia constitucional contemporânea acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário.

1.6 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A importância política dos tribunais tem se tornado tão abrangente que exige uma reflexão cuidadosa a fim de diferenciar a judicialização da política do fenômeno do ativismo judicial, expressões correntes em diversas áreas do saber jurídico que não contam com uma definição precisa. Em determinados momentos, ambos os termos são empregados com sentido pejorativo, enquanto, em outros, representam a personificação do juiz Hércules do qual fala Dworkin (TEIXEIRA, 2012).

Judicialização, conforme Barroso (2012) significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Envolve, portanto, uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno é mundial

e fruto da conjugação de circunstâncias diversas, ilustrando a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. Tal fato revela que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito (BARROSO, 2013).

Segundo Fonte (2009), na maior parte dos casos, os novos tipos de ações que têm surgido nas varas de Fazenda Pública buscam seu fundamento no próprio texto constitucional e o que se requer é a incursão do Poder Judiciário em um terreno novo, qual seja, na formulação e execução de políticas públicas a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais.

Porém, Hirschl (2009) distingue três categorias de judicialização. Na sua forma mais abstrata, a judicialização refere-se à disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas. O segundo, e mais concreto, aspecto é a expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas, principalmente por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais e da remarcação judicial dos limites entre órgãos do Estado. E, por fim, a terceira classe emergente de judicialização da política compreende o emprego de tribunais e juízes para ligar com a “megapolítica”, isto é, controvérsias políticas centrais que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras.

Para ele, esse último tipo de judicialização transfere para os tribunais o poder de decidir questões políticas centrais, mesmo que a Constituição não faça nenhuma referência a esses problemas. É justamente por isso que essas situações envolvem altíssimos riscos, tornando questionáveis as credenciais democráticas do controle judicial de constitucionalidade. Essa tendência marca a transição para o que Hirschl chama de “juristocracia”.

Barroso (2012) aponta três grandes causas para o fenômeno da judicialização no Brasil: (i) a *redemocratização* do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988; (ii) a *constitucionalização abrangente*, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e (iii) o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, um dos mais abrangentes do mundo.

Por isso, segundo Barroso (2013) a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Posto que, uma vez provocados pela via processual adequada, juízes e tribunais não têm a alternativa de se pronunciar ou não sobre a questão. O modo como exercerão essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Alerta-se, entretanto, que o sistema começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que têm colocado em risco a própria continuidade das políticas públicas, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. O excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal, pois, em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. Tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional (BARROSO, 2007).

Para Tassinari (2013), a dimensão desse fenômeno não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Derivam de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas.

Há, portanto, outras causas de naturezas diversas. Entre elas, Barroso (2013) destaca que o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente é um elemento essencial para as democracias modernas. Por outro lado, é o reflexo de certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há também outro aspecto a ser considerado: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas nas quais haja desacordo moral razoável na sociedade a fim de evitarem o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos (como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas, por exemplo).

Teixeira (2012), igualmente ressalta que a corrupção, a burocratização estatal e a ideia de política como sinônimo de defesa de interesses meramente partidários, são componentes sociológicos que contribuem para a crescente judicialização das relações sociais, fortalecendo o mito do juiz Hércules no subconsciente coletivo.

Assim, na experiência brasileira, a judicialização da política não é apenas resultado de um mero protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, pois deriva também das necessidades oriundas da sociedade civil que tem encontrado no direito um caminho para a representação de seus interesses. Ou seja, trata-se de um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social (TEIXEIRA; NEVES, 2014).

Hirschl (2009) também enxerga a judicialização da megapolítica e, de modo mais geral, a transição para a juristocracia, como um fenômeno político, pois percebe esse fenômeno como uma abdicação de poder por parte do legislativo, cuja tarefa é assumir a responsabilidade pela tomada de decisões. Tal prática torna-se problemática do ponto de vista da democracia representativa, uma vez que:

Ao transferir autoridade decisória política para o Judiciário, esses políticos conseguem evitar a tomada de decisões difíceis ou potencialmente impopulares que fazem parte da própria tarefa pública para a qual foram eleitos — que é a de tomar, de forma responsável, decisões políticas difíceis, de princípio, mesmo quando essas decisões não são populares junto ao eleitorado (HIRSCHL, 2009, p. 173).

Para Hirschl (2009), o envolvimento sem precedentes dos tribunais em decisões políticas substantivas é difícil de ser reconciliado com alguns princípios fundamentais da teoria constitucional tradicional. Se, de um lado, não há problemas sérios em atribuir aos tribunais o papel de assegurar a justiça processual, do outro, a judicialização de conflitos políticos cruciais da vida de uma nação é mais preocupante.

No que se refere ao uso do termo “ativismo judicial”, também não existe consenso. Ora é visto como algo positivo, dando ênfase ao seu elemento finalístico (o objetivo da expansão dos direitos e liberdades fundamentais). Outras vezes, é motivo de duras críticas, ganhando relevo o elemento de natureza comportamental, isto é, a prevalência das visões pessoais de cada magistrado e a sua compreensão das normas constitucionais (TEIXEIRA; NEVES, 2014).

Segundo Teixeira e Neves (2014), o *ativismo judicial* decorre de uma postura do Judiciário, uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, enquanto que a *judicialização* da política é fruto de um contexto social, histórico e político que passa a demandar respostas por parte do Judiciário. De modo semelhante, Barroso (2012, p. 25) caracteriza o *ativismo judicial* como “(...) uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Já a *judicialização* não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte, mas do modelo constitucional adotado.

Em resumo, conforme Streck (2013), a judicialização não é um mal em si, ela é contingencial e ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo, que é a vulgata da judicialização. Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (trata-se de decisões solipsistas).

Para Ronald Dworkin (1999, p. 451), o ativismo judicial é negativo, pois:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Historicamente, a expressão “*ativismo judicial*” foi cunhada nos Estados Unidos e utilizada 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, conduzidas por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Em razão da adoção de um comportamento dissonante do histórico jurisprudencial dominante e, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão “ativismo judicial” assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial (BARROSO, 2013).

No entanto, no início da sua experiência constitucional, a atuação pró-ativa da Suprema Corte americana, foi justamente uma bandeira do pensamento conservador, onde encontrou-se apoio para a política da segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte. A situação se inverteu somente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, nas presidências Warren e Burger, passou a produzir jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto (BARROSO, 2005).

No Brasil, a postura ativista do judiciário demonstra-se em diversas situações. Por exemplo, quanto o STF: a) aplica diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário (como no caso da imposição de fidelidade partidária e no da vedação do nepotismo); b) declara a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição (como nas decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira); c) impõe condutas ou abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – por exemplo, o precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde e fornecimento de tratamento médico. São essas hipóteses que distanciam juízes e

tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito (BARROSO, 2013).

O oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Segundo Barroso (2012), até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.

A principal diferença metodológica entre as duas posições é que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive – e especialmente – construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Já a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões destes últimos (BARROSO, 2013).

Para tornar mais claro, a ideia de ativismo judicial está associada com uma atuação do Judiciário movida por convicções pessoais do magistrado, sob o pretexto da moralidade política. Nas palavras de Garapon (1999, p. 54): “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”.

A compreensão desse fenômeno é importante na medida em que o direito trata de relações de poder, como lembra Streck (2010, p. 162), ocorrendo em muitos casos uma mixagem de posturas onde:

[...] por vezes a “vontade da lei” e a “essência da lei” devem ser buscadas com todo vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista “vontade do legislador”; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é ‘suficiente’, põe-se no topo a “vontade do intérprete”, colocando em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com um(a) subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...!

É preciso, portanto, que as incursões judiciais não sejam pautadas pelo exclusivo voluntarismo dos juízes, pois os excessos podem conduzir a arbitrariedades e injustiças, causando prejuízos inestimáveis ao sistema como um todo. Em última instância, a irracionalidade da atuação judicial acaba servindo de argumento contra a própria causa. Mas, a técnica jurídica não se satisfaz com a íntima convicção do indivíduo. É necessário que as decisões sejam racionais e justificáveis (FONTE, 2009).

A obsessão pelo Supremo como “guardião da Constituição” tende a apagar a relevância de outras instâncias - como o Legislativo, o Executivo, e a própria esfera pública

informal, ignorando os conflitos sociais inerentes a essência do debate constitucional, a partir de visões românticas e idealizadas dos juízes. Esse desvio gera consequências negativas favorecendo um governo à moda platônica, de sábios de toga, que são convidados a assumir uma posição paternalista diante de uma sociedade infantilizada (SARMENTO, 2009).

Além disso, deposita-se um excesso de expectativas no Poder Judiciário que o nem sempre serão atendidas de forma satisfatória. Afinal, a ideia de que todo e qualquer ativismo implica em avanço social, ignora as inúmeras mazelas que também afligem o Poder Judiciário. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois o que importa mesmo é “o que o STF diz que a Constituição é”. Daí a ditadura da toga pode não ser muito melhor do que a ditadura da farda (SARMENTO, 2009).

Nesse cenário o Constitucionalismo Contemporâneo tornou-se um campo extremamente fértil para o surgimento das mais diversas teorias (que se pretendem) capazes de responder às indagações desse novo paradigma juspolítico-filosófico. O objetivo primordial de tais teorias é buscar novas formas de compreensão capazes de responder a seguinte pergunta: “como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos juízes)?” (STRECK, 2012, p. 2).

Portanto, ressalta-se a importância em se debater o ativismo judicial como um problema de teoria do direito e de interpretação jurídica, onde o cerne da questão reside no questionamento da natureza da interpretação jurídica e no espaço dado à subjetividade do intérprete.

2 O CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA

As novas realidades constitucionais ampliaram de forma significativa a atenção dispensada aos princípios e direitos fundamentais, assim como para a necessidade de sua implementação efetiva. Em consequência disso, multiplicaram-se os estudos das diversas teorias neoconstitucionalistas (ou principialistas) na Doutrina, bem como o seu uso nos Tribunais como meio de justificar as decisões, reforçando a ideia de que o direito precisa defender uma postura ativista para que sejam cumpridas as promessas da Constituição.

Para os defensores dessa concepção, o Constitucionalismo Contemporâneo exprime uma instância clássica do jusnaturalismo que equivale à superação – ou, até mesmo, à negação do positivismo jurídico, não mais idôneo para dar conta da nova natureza das atuais democracias (FERRAJOLI, 2012). Ou seja, trata-se de um modelo que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representam, na sua melhor luz, essa grande viragem teórica (STRECK, 2011).

Assim, o constitucionalismo principialista apresenta-se como alternativa ao positivismo jurídico, visto que, para os defensores dessa corrente, o formalismo interpretativo positivista restaria insustentável diante da disseminação de princípios e valores morais nas Constituições. Assumem, portanto, que transformações ocorridas no objeto de investigação do Direito Constitucional suscitaram uma mudança metodológica radical (GOMES et al., 2010).

Entretanto, para Streck (2011), o constitucionalismo principialista representa, apenas, a superação do *paleojuspositivismo*, uma vez que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e da sua versão mais contemporânea, que é jurisprudência dos valores. Representa, assim, uma clara contradição, pois expressa um movimento teórico para lidar com um direito novo e deposita todas as suas fichas na loteria do protagonismo judicial.

Desse modo, embora o neoconstitucionalismo tenha representado um importante passo para a afirmação da força normativa da Constituição na Europa Continental, no Brasil acabou por institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano. Segundo Streck (2011, p. 12):

[...] sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação

de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: *neoprocessualismo* (*sic*) e *neopositivismo* (*sic*). Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).

Por isso, a fim de preservar a autonomia do Direito e as conquistas democráticas, é necessária uma reflexão mais profunda acerca do constitucionalismo principialista com o objetivo de identificar as características que têm provocado condições patológicas e contribuído para a corrupção do próprio texto da Constituição (STRECK, 2011).

Ademais, ainda que as correntes principialista e garantista se aproximem, visto que partem de um enfoque ideológico e uma política constitucional similares – qual seja, o modelo democrático constitucional instaurado no pós-guerra –, diferenciam-se quanto a aspectos centrais defendidos, especialmente no que se refere ao exercício da jurisdição constitucional e ao modo de aplicação do Direito pelo Poder Judiciário (CADEMARTORI; NAVARRO, 2014).

Sanchís (2008), sugere três notas distintivas do “neoconstitucionalismo” em relação ao constitucionalismo garantista de Ferrajoli: (1) o ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (2) uma concepção muito vigorosa da força normativa da Constituição, tornando-a direta e imediatamente aplicável, sem necessidade de *interpositivo legislatoris*; e (3) o papel central conferido à argumentação jurídica em virtude da configuração dos direitos fundamentais como princípios (objetos de ponderação) em detrimento das regras (objeto de subsunção).

Para Tassinari (2012), a identificação do neoconstitucionalismo com esses elementos acabou conduzindo a uma concepção de constitucionalismo que, especialmente no Brasil, tem gerado a defesa do ativismo judicial. A transformação do perfil da jurisdição, como responsável principal na concretização dos direitos constitucionalmente assegurados, tem sido levada a extremos a ponto de conceder espaço para uma atuação jurisdicional que vai além dos limites definidos pela Constituição e pela legislação democraticamente produzida.

Ferrajoli também apresenta duras críticas ao constitucionalismo principialista em relação aos aspectos acima elencados, destacando os riscos a eles correlatos, quais sejam:

[...] o cognitivismo ético (espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo); o enfraquecimento da hierarquia das fontes e, conseqüentemente da normatividade constitucional; e o ativismo judicial e os problemas que este provoca quanto à submissão dos juízes à legalidade, pondo em risco a própria segurança jurídica (TEIXEIRA; NEVES, 2014, p. 178).

De acordo com Ferrajoli (2012), a configuração das normas constitucionais como princípios suscetíveis de ponderações e balanceamentos, confere à argumentação um papel central na concepção do direito. Assim, a hierarquia das fontes e a normatividade do direito encontram-se ameaçadas, pois o direito, na verdade, passa a ser aquele que é produzido pelos juízes, consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas. Isto é, enfatiza-se o papel dos juízes e suas práticas, o “direito como fato” ou invés do “direito como norma” e o papel criativo à ciência jurídica e à jurisdição constitucional.

Dizendo de outro modo:

Enquanto o neoconstitucionalismo entende possível (e até mesmo defende) uma atuação judicial criativa inclusive em temas políticos – pois juízos morais abrangem quaisquer temas tratados pelos inúmeros princípios e diretrizes constitucionais tais como os direitos prestacionais e normas da ordem social e econômica –, o garantismo apresenta certa moderação da atuação judicial no que tange a elementos políticos ou carência de normas que confirmam efetividade a direitos constitucionais. Pois estes podem estar pautados por expectativas sociais, econômicas ou políticas que não possuem ainda as garantias primárias, ou seja, os deveres e obrigações de cumprimento dados pela legislação infraconstitucional e/ou secundárias de caráter processual. Vale dizer: se há direitos sem garantias, não cabe ao julgador suprir estas últimas, por serem atribuições do legislador (CADEMARTORI; NAVARRO, 2014, p. 84).

As características conformadoras do neoconstitucionalismo são alvo de inúmeras críticas em virtude da sua fragilidade. “Novas” técnicas de interpretação e aplicação do direito vêm sendo apresentadas sob uma máscara de termos pomposos que conferem muito pouco de novo além da defesa de um protagonismo do Poder Judiciário e deságuam na doutrina que defende o ativismo judicial como algo positivo. Nos próximos itens pretende-se abordar cada um dos traços distintivos do constitucionalismo principialista, bem como as críticas que lhes são dirigidas.

2.1 A CONEXÃO ENTRE DIREITO E MORAL E A FORMULAÇÃO DE PRINCÍPIOS MORAIS NAS CONSTITUIÇÕES

As transformações ocorridas nas Constituições após a Segunda Guerra Mundial abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Fazem parte desse cenário a valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade, culminando na reaproximação entre Direito e Moral (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Barroso (2005, p.) defende que:

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

A introdução de valores morais – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação de serviços de educação pelo Estado), nas Constituições contemporâneas, pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla à opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais que marcaram muitos regimes políticos, como o nazismo e o fascismo, ao longo do século passado. Como tais elementos gozam do *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais, acredita-se que foram um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias, situando-se fora do alcance da discricionariedade da política ordinária (BARCELLOS, 2005).

Para os neoconstitucionalistas, a incorporação de princípios de caráter ético-político nas Constituições fez com que as questões morais, políticas e econômicas passassem a ser objeto de preocupação da comunidade jurídica, desaparecendo a separação entre direito e moral, que é o principal traço distintivo do positivismo jurídico. A moral agora faria parte do ponto de vista interno do direito (FERRAJOLI, 2012).

É justamente essa conexão entre direito e moral que tem sido alvo de críticas pelos autores positivistas, já que no positivismo a moral encontra-se afastada do campo jurídico. Essa maneira de compreender a disseminação dos princípios nas Constituições faz do neoconstitucionalismo um retorno ao jusnaturalismo (CADEMARTORI; NAVARRO, 2014).

Em oposição a esta concepção está a garantismo de Ferrajoli, para quem o constitucionalismo rígido não se trata de uma superação e sim de um reforço do positivismo jurídico, de maneira que os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais e os princípios servem para orientar a produção do direito positivo (FERRAJOLI, 2012).

Representa, portanto, um completamento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade. [...] Todo o direito se configura, desta maneira, como uma construção inteiramente artificial, na qual são reguladas não apenas as *formas*, como ocorria no velho paradigma formalista do paleojuspositivismo, mas também os *conteúdos*, através dos limites e vínculos a eles impostos pelo paradigma constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 22-23).

Conclui-se, portanto, que o constitucionalismo garantista não admite a conexão entre direito e moral. A separação entre as duas esferas é encarada, no sentido assertivo ou teórico,

como um corolário do princípio da legalidade e, no sentido prescritivo ou axiológico, como um corolário do liberalismo político. Impede, assim, a confusão entre validade e justiça, situando a moral como ponto de vista externo ao direito e estabelecendo à submissão dos juízes somente à lei. Por outro lado, rejeita a utilização do direito como instrumento de reforço da moral, garantindo as liberdades fundamentais em relação a tudo que não lesiona os outros (FERRAJOLI, 2012).

Ferrajoli (2011) acredita que as Constituições expressam e incorporam valores, tanto quando as leis ordinárias. A diferença é que os valores positivados nas Constituições democráticas, geralmente como direitos fundamentais, adquirem caráter vinculante em relação à legislação infraconstitucional uma vez que se encontram em um nível normativo supraordenado.

É justamente por isso que – ao contrário do que entendem Dworkin, Alexy e Atienza, para quem as Constituições haveriam incorporado a moral no direito – continua a valer a tese juspositivista da separação entre direito e moral. Com isso não se quer dizer que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma “pretensão de justiça”, mas sim que a validade de uma norma não implica a sua justiça, assim como a sua justiça não implica a sua validade. Em síntese, o constitucionalismo garantista rejeita a tentação de confundir direito e moral na forma do constitucionalismo ético. Assim, a moral e a política colaboram apenas criticamente como pontos de vista externos ao direito que é autônomo (FERRAJOLI, 2011).

Para além das intenções dos defensores de uma conexão entre direito e moral, o constitucionalismo acaba se transformando em uma ideologia iliberal, cujos valores são impostos a todos juridicamente, resultando em um absolutismo moral, intolerante em relação às opiniões dissidentes. Pois, é precisamente a separação entre direito e moral que constitui o fundamento de todo liberalismo e da própria democracia constitucional. (FERRAJOLI, 2012).

Ao mesmo tempo, a ideia de que o constitucionalismo democrático, o qual reconhece e busca tutelar o pluralismo moral, ideológico e cultural, exprima alguma pretensão de justiça objetiva e algum mínimo ético, coloca-se em contraste com seus próprios princípios, em especial com a liberdade de consciência e de pensamento (FERRAJOLI, 2012).

Maus (2000, p. 189) critica a aproximação da moral e do direito na atividade jurisprudencial afirmando que:

A introdução de pontos de vistas morais e de “valores” na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios ‘superiores’ ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca –

à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada.

A autora defende que a introdução de convicções morais na atividade judicial é capaz de encobrir decisionismos disfarçados sob o manto de uma “ordem de valores”, sendo notória a regressão a valores pré-democráticos que escapam a qualquer mecanismo de controle social. Ademais, esse tipo de decisão confere uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados, contrapondo as garantias constitucionais escritas à reserva das idiossincrasias não escritas dos aparatos econômicos e políticos (MAUS, 2000).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994) alega que uma Justiça politizada se arrisca a render-se ao marketing das opiniões, reduzindo o direito a elas e conduzindo à banalidade e à trivialidade do jogo de interesses. Faz do juiz um justiceiro e do processo um movimento na direção dos famigerados tribunais de exceção. Além disso, o Judiciário passa a sustentar-se por meios políticos como a busca de apoio da opinião pública, a geração de consenso popular, a manutenção da imagem (o juiz “progressista”, a decisão conforme a vontade do povo), a busca do prestígio (a decisão de repercussão nacional, a entrevista na TV), etc. Arrisca-se uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo.

A ideia de que tribunais salvaguardam a democracia e a Constituição contra tudo e contra todos, como muitas vezes se veicula nos círculos acadêmicos, pode ser considerada ingênua, posto que operam rigorosamente dentro dos limites que a dinâmica das outras forças políticas e institucionais lhes impõem, raramente decidindo fora do círculo de preferências dos atores políticos. Magistrados, e mesmo ministros de tribunais de maior hierarquia, não decidem apenas conforme as regras do ordenamento jurídico. Ao contrário, pode-se afirmar que levam em conta as possíveis consequências de suas decisões e adotam um comportamento estratégico, especialmente analisando os eventuais suportes políticos para suas decisões (ROS, 2007).

Tal constatação se torna evidente quando se observa que a cultura política dominante no Brasil, por exemplo, ainda considera aceitável a visita de ministros de Estado aos ministros do Supremo Tribunal Federal, por vezes após iniciados os julgamentos, para pedir decisões favoráveis ao ponto de vista em que têm interesse (BARROSO, 2013).

Isso sem falar nas influências exercidas pelas preferências pessoais dos magistrados e pela própria estrutura organizacional do Poder Judiciário – e de suas respectivas cortes

supremas – as quais são essenciais para a compreensão da dinâmica em que operam os tribunais e do modo como decidem (ROS, 2007).

No entanto, para Barroso (2013), a pretensão de autonomia do direito em relação à política é impossível de se realizar. Apesar de ser essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais que o direito tenha uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política, essa autonomia será sempre relativa. É necessário reconhecer este fato a fim de conferir maior transparência a esta relação complexa, na qual não deve haver hegemonia nem de um nem de outro.

2.2 A DISTINÇÃO ESTRUTURAL E QUALITATIVA ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

O segundo aspecto do constitucionalismo principialista que o diferencia da visão garantista é a distinção entre princípios e regras conforme estabelecida por Ronald Dworkin em sua teoria dos princípios, a qual foi posteriormente ordenada em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito por Robert Alexy, se tornando um dos pilares centrais da teoria dos direitos fundamentais. Conforme Barroso (2007) as duas obras precursoras desses autores – *Levando os direitos a sério* e *Teoria dos direitos fundamentais* – provocaram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil e no mundo.

A conquista do *status* de norma jurídica pelos princípios e sua condução ao centro do sistema, se deu através da formulação de objetivos políticos, valores morais e direitos fundamentais nas Constituições. Assim, de acordo com Barroso e Barcellos (2003), superou-se a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. Em decorrência disso, atualmente, predomina o entendimento de que as normas se enquadram em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras, entre as quais não existe hierarquia.

Antes de uma elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre essas espécies fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade, onde as regras eram caracterizadas por possuírem um relato mais objetivo, com incidência restrita a situações específicas, enquanto os princípios, por ter maior teor de abstração, incidiriam sobre uma pluralidade de situações (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Dworkin e Alexy são representantes de uma outra tese que, de acordo com Virgílio Afonso da Silva (2003), tem ganhado destaque nos últimos anos, tornando-se um dos pilares da moderna dogmática constitucional na tentativa de superação do positivismo legalista, onde

as normas se limitavam a regras jurídicas. Trata-se da separação qualitativa entre princípios e regras.

A conjugação das ideias de Dworkin e Alexy provocou uma mudança de paradigma a partir da qual a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, onde as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

A teoria de Dworkin é uma crítica ao positivismo jurídico que encarava o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, de maneira que havia muita dificuldade em fundamentar decisões em casos complexos para os quais o juiz não conseguia identificar nenhuma regra jurídica aplicável além da discricionariedade judicial e da criação de direito novo (SILVA, 2003).

Para Dworkin, as regras possuem apenas a dimensão da validade e, por isso, ou elas *valem* e são aplicadas em sua inteireza, ou *não valem* e, portanto, não são aplicáveis. Em outras palavras, a aplicação de uma regra opera-se na modalidade *tudo ou nada* (SILVA, 2003). Ocorrendo a hipótese descrita no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Já em caso de conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Os *princípios* se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Como, em uma ordem democrática, entram frequentemente em rota de colisão, apontando direções diversas, para Dworkin deve prevalecer aquele princípio mais importante no caso concreto. Assim, são aplicados mediante uma técnica de *ponderação*: o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar em determinado caso concreto, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível (BARROSO; BARCELLOS, 2003; SILVA, 2003).

Já a principal contribuição de Robert Alexy foi o desenvolvimento da ideia de princípios como mandamentos de otimização, de modo a encará-los como normas que estabelecem algo que deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas. A ideia de que a realização de um princípio pode ser obstada por outro princípio traduz a metáfora da *colisão* entre princípios que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, a fim de alcançar um resultado ótimo, o qual irá sempre depender das circunstâncias do caso concreto (SILVA, 2003).

Assim, entende-se que os princípios expressam direitos e deveres *prima facie*, pois podem se revelar menos amplos após o sopesamento entre princípios colidentes, de modo que

o seu grau de realizar é variável. As regras, por sua vez, revelam direitos e deveres definitivos, visto que devem realizar exatamente aquilo que prescrevem, nem mais nem menos. Com isso, torna-se mais evidente a distinção entre princípios e regras (SILVA, 2003).

Barroso (2005), também afirma que o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. No entanto, acredita que a definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade em virtude da dificuldade de extrair, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem.

Entretanto, para Ferrajoli (2011), a diferença entre princípios e regras reside simplesmente na maneira diversa como são formulados. Trata-se de uma diferença de estilo e não de uma diferença estrutural. Os princípios são elaborados de forma a evidenciar o respeito àquela norma. Já as regras dão enfoque às hipóteses de violação. A observância às normas que tipificam o homicídio, as lesões corporais e o furto, por exemplo, equivale ao respeito aos princípios da vida, da integridade corporal e da propriedade privada. Por outro lado, tais princípios, quando violados, aparecem como regras. É possível afirmar, inclusive que por trás de cada regra existe um princípio, de modo que a violação de um princípio faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes.

Precisamente, aos princípios consistentes em direitos de liberdade (universais ou *omnium*) correspondem as regras consistentes em limites ou proibições (absolutos ou *erga omnes*); aos princípios consistentes em direitos sociais (universais ou *omnium*) correspondem as regras consistentes em vínculos ou obrigações (absolutos ou *erga omnes*). Direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja ela por comissão ou por omissão, a violação das segundas (FERRAJOLI, 2011, p. 107)

A crítica de Ferrajoli não se dirige a um mero jogo de palavras, mas à consequência que a distinção estrutural entre princípios e regras provoca: o enfraquecimento do valor vinculante dos princípios. Pois, na medida em que se afirma que os princípios são mandados de otimização ou recomendações, podendo ser satisfeitos em diversos graus, e as regras só podem ser violadas ou observadas, passa a existir uma diferença qualitativa entre eles (FERRAJOLI, 2012).

Em contrapartida, Maus (2000), alerta que por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.

Além disso, na literatura brasileira, o conceito de princípios é bastante diferente do proposto por Robert Alexy. Virgílio Afonso da Silva (2003, p. 612), afirma que, no Brasil, “princípios são tradicionalmente definidos como ‘mandamentos nucleares’, ‘disposições fundamentais’ de um sistema, ou ainda como ‘núcleos de condensações’”. Embora a nomenclatura varie um pouco entre os autores, ambas contemplam a mesma ideia de que os princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras são definidas como uma concretização desses princípios, tendo, por isso, um caráter mais instrumental e menos fundamental. É preciso ter cuidado ao misturar critérios de teorias diversas para não cair em contradição, pois, na teoria de Alexy, o conceito de princípio é axiologicamente neutro, não manifestando nenhum tipo de fundamentalidade.

Também é necessário destacar, conforme Barroso (2013, p. 890), que:

Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que, ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios, não deve o juiz utilizar-se dos próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel.

Ademais, segundo Ferrajoli (2012), a definição de princípios como normas diretivas ou programáticas que recomendam objetivos coletivos que os poderes políticos devem prosseguir, neutraliza o alcance normativos dos princípios constitucionais, afastando do poder legislativo o dever de instituir as relativas garantias primárias e secundárias.

Por fim, o aspecto mais insidioso e perverso da abordagem antipositivista e principialista das Constituições reside no desenvolvimento de uma jurisprudência inventiva que se manifesta através da criação de princípios que não tem nenhum fundamento no texto da Constituição. É o que Lênio Streck chama de “degeneração panprincipialista” do direito brasileiro (FERRAJOLI, 2012).

De acordo com Sarmento (2009), instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, em detrimento da aplicação de regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas - e positivismo hoje no país é quase um palavrão.

Trata-se de verdadeiras invenções normativas que contrariam à submissão dos juízes à lei, ignorando a vinculação de todos os poderes públicos aos princípios constitucionalmente estabelecidos. O constitucionalismo garantista, por sua vez, defende o caráter rigidamente normativo dos princípios formulados nas Constituições e o estabelecimento de garantias idôneas destinadas a promoção da sua máxima efetividade, sem se descuidar dos limites e vínculos que devem orientar a atividade legislativa e judicial (FERRAJOLI, 2012).

2.3 O PAPEL CENTRAL CONFERIDO À PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Com o advento do Constitucionalismo Contemporâneo, a existência de colisão entre normas constitucionais passou a ser percebida como um fenômeno natural, visto que as Constituições são instrumentos dialéticos que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Tendo em vista que a função do Poder Judiciário no Estado Constitucional de Direito é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando os direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico, é importante analisar os problemas que decorrem da utilização da técnica da ponderação de princípios e direitos fundamentais, bem como da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da constatação de que as normas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam a um sentido único, objetivo e válido para todas as situações sobre as quais incidem. Pelo contrário, o sentido da norma será determinado a partir dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados para produzir a solução constitucionalmente adequada (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Para Barcellos (2005), “os conflitos próprios do constitucionalismo contemporâneo ocorrem frequentemente entre direitos fundamentais porque não é possível hierarquizá-los em abstrato, dada a sua fundamentalidade”. Tais conflitos se explicam, em virtude das diferentes pretensões expressas no texto constitucional que necessitam conviver e harmonizar-se em uma sociedade plural como a nossa. Portanto, frequentemente ocorrem colisões, reais ou aparentes, entre diferentes comandos constitucionais, dotados de igual hierarquia, cada qual incidindo sobre determinada situação de fato e postulando uma solução jurídica diversa. Desse modo, direitos fundamentais e outros elementos constitucionais podem entrar em choque em muitas circunstâncias. Exemplo clássico é a tensão entre liberdade de informação e de expressão e intimidade, honra e vida privada.

No modelo tradicional de interpretação jurídica, conforme Barroso (2005) as normas eram percebidas unicamente como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. A norma oferecia, através de um relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos, enquanto ao juiz cabia identificar, no ordenamento jurídico, a regra aplicável ao caso concreto. Isto é, o intérprete desempenhava uma função

técnica de formulação de juízos de fato. Com o avanço do direito constitucional, esse sistema de interpretação deixou de ser integralmente satisfatório. Verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo e o intérprete passou a ser visto como coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Entretanto, o elevado grau de complexidade das demandas com que os magistrados têm se deparado impede que se mantenham adstritos ao padrão de racionalidade jurídica. Elementos tradicionais foram alterados nas suas concepções mais fundamentais, outros surgiram e se consolidaram, culminando em uma nova ideia de racionalidade jurídica (TEIXEIRA, 2012).

Barroso (2013) alerta para o fato de que, nos casos em que a solução não está integralmente na norma, inevitavelmente, o juiz recorrerá a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação buscará elementos da filosofia moral e da filosofia política. No entanto, mesmo admitida essa premissa, diferentes juízes adotam diferentes métodos de interpretação. É possível, inclusive, que os mesmos juízes nem sempre adotem os mesmos métodos de interpretação. Observa-se, desse modo, que o método ou filosofia judicial tem sido a mera racionalização da decisão tomada por outras razões (não jurídicas) que tem como resultado uma solução baseada não no princípio, mas no resultado.

De acordo com Sarmiento (2009, p. 271):

Ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou no mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os "casos difíceis" do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.

Uma vez que a moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração supletiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados, impõem-se limites a sua discricionariedade. Por isso, boa parte da produção científica da atualidade tem se dedicado, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, à demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e ao dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções. Além disso, é preciso ter em mente que o impacto do resultado do processo interpretativo sobre a realidade

não pode ser desconsiderado, devendo sempre realizar finalisticamente o mandamento constitucional. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Segundo Barroso (2013), os problemas de ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisões de normas recaem em uma categoria geral, que tem sido referida como casos difíceis (*hard cases*). Enquanto nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorre da incidência da norma sobre os fatos relevantes através de uma operação simples, de mera subsunção, nos casos difíceis envolvem situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Por não resultar do mero enquadramento do fato à norma, tal decisão precisa ser construída argumentativamente através da técnica da ponderação.

Barroso (2005, p. 11), afirma que:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos - hierárquico, cronológico e da especialização - quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária.

A técnica da ponderação de Robert Alexy é a teoria mais elaborada e difundida sobre o tema. Trata-se de um processo complexo cujo objetivo é estabelecer a regra para o caso concreto, através de um sopesamento que culmina com a aplicação do princípio prevalente (CADEMARTORI; NAVARRO, 2014).

Todavia, todo caso difícil pode ter mais de uma solução razoável, de modo que a decisão produzida será, em última análise, aquela que melhor atenda às preferências pessoais e ideológicas do intérprete, tenha ele consciência disso ou não. Outros fatores, como os de ordem político-institucional, também exercem forte influência sobre as decisões judiciais, tais como: a preservação e, por vezes, expansão do poder do Judiciário; a interação com outros Poderes, instituições ou entes estatais; e as consequências práticas de seus julgados, inclusive e notadamente, a perspectiva de seu efetivo cumprimento (BARROSO, 2013).

Nesse contexto, Maus (2000) alerta que uma justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos.

Barroso e Barcellos (2003) descrevem a ponderação com um processo em três etapas: (i) identificação das normas pertinentes para a solução do caso, detectando eventuais conflitos entre elas; (ii) exame dos fatos e circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos; e (iii) atribuição geral de pesos. É certo, no entanto, que cada uma

dessas três etapas envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências.

Logo, a ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, por exemplo, quando normas de mesma hierarquia indicam soluções diferentes, razão pela qual a subsunção se mostrou insuficiente. No entanto, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, a sua estrutura interna de raciocínio não é bem conhecida, sendo comumente associada a noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. De fato, é justamente esse aspecto que tem despertado a preocupação da doutrina, pois oferece um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc* (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Por esse motivo, Maus (2000) critica fortemente as teorias de metodologia jurídica hoje predominantes, nas quais tem desaparecido o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do "método adequado" entre outras concepções concorrentes. As leis têm sido reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezando as suas diferentes densidades regulatórias.

Para Streck (2010), a ponderação de valores tem sido usada de forma equivocada por juízes que literalmente escolhem um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*, resultando em um império de decisões solipsistas. Assim, domina, no campo jurídico, a ideia de que o processo interpretativo permite que o sujeito alcance o sentido que mais lhe convém, qual seja, "o real sentido da norma".

Desse modo, a ponderação tem cedido lugar a uma ampla discricionariedade judicial, sendo necessário, um rigoroso controle de legitimidade dessas decisões através do exame da argumentação, a fim de verificar a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso. A demonstração adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida e faz parte do dever de motivação das decisões judiciais (BARROSO; BARCELLOS, 2003; BARROSO, 2012).

Em suma, a argumentação assume um papel decisivo no controle da racionalidade das decisões jurídicas, tendo em vista que o caráter aberto das normas o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Quanto mais vaga for a norma a ser aplicada e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no

sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto. A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes (SARMENTO, 2009)

Para Barroso (2013, p. 890-891):

Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existe também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas em relação a múltiplas matérias pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais, como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete.

Barroso e Barcellos (2003) elencam três parâmetros para o controle da argumentação: (1) presença de fundamentos normativos que embasam a decisão; (2) possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão; e (3) utilização de princípios instrumentais e princípios materiais.

O primeiro critério diz respeito à motivação das decisões judiciais quanto aos fatos e quanto ao direito. Quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar a conclusão. É seu dever constitucional demonstrar, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não por outro, apresentando os elementos da ordem jurídica que referendem tal ou qual decisão. Ou seja, não basta o bom senso e o sentido de justiça social. Mas, ao contrário do que se possa imaginar, a exigência de motivação das decisões judiciais tem sido substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade. Provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

No que diz respeito ao segundo parâmetro, os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto devem comportar a possibilidade de serem transformados em regra geral para situações semelhantes. Ao se verificar a possibilidade de generalizar o critério de decisão que se pretende adotar no caso concreto, projeta-se a argumentação desenvolvida para um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Por fim, diante de várias soluções igualmente plausíveis, o intérprete deverá percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível,

à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais (BARROSO; BARCELLOS, 2003).

Embora admita-se que os princípios apresentem maior grau de indeterminação e não se subestime o papel da ponderação e da argumentação, tais técnicas têm sido utilizadas de maneira indiscriminada, contribuindo para o esvaziamento das normas constitucionais. Pela indeterminação semântica e pela impossibilidade de subsunção, o poder dos juízes acaba se convertendo em um poder criativo – o qual Ferrajoli (2011) denomina “poder de disposição” - que se caracteriza por sua falta de legitimidade, uma vez que invade a competência da política e das funções de governo, não podendo ser aceito sem que se negue a separação dos poderes e a própria conservação do Estado de Direito.

Além disso:

[...] os teóricos da ponderação veem, frequentemente, conflitos onde não há, trocando por conflitos as relações de subordinação que ocorrem entre os direitos constitucionalmente estabelecidos e os atos de grau subordinado que constituem seu respectivo exercício: particularmente, entre os direitos primários, de liberdade e sociais, e os direitos secundários de autonomia, sejam civis ou políticos, que são direitos-poderes cujo exercício consiste em atos e cujos efeitos estão em grau subordinado à lei, seja constitucional ou ordinária (FERRAJOLI, 2011, p. 112).

Ferrajoli (2015), acredita que os juízes não valoram as normas às quais estão sujeitos, mas os comportamentos e as situações que são chamados a julgar. Isto é, não pesam as normas, mas as circunstâncias dos fatos submetidos ao seu juízo, visto que o juízo não versa sobre fatos em abstrato, mas sobre fatos concretos e sobre suas irrepetíveis circunstâncias e características. Tampouco, extraem da ponderação dos princípios as regras que irão aplicar. Sendo assim, a ponderação como método de solução dos problemas interpretativos não tem espaço na aplicação da lei, pois não passa de uma metáfora sugestiva, que como todas as metáforas é decididamente exagerada se levada ao pé da letra. Eis que não parece muito diferente da velha “interpretação sistemática”, há muito tempo conhecida e praticada pelos juristas e consistente na interpretação de uma norma à luz de todas as outras normas do sistema.

Por esses motivos, Ferrajoli (2011) acredita que a ponderação enfraquece o caráter cognitivo da jurisdição, no qual reside a sua fonte de legitimação, promovendo e facilitando a discricionariedade e o ativismo judicial. Admitir a ponderação como a escolha de uma norma em prejuízo de outra equivale a derogar as normas constitucionais e desprezar a sujeição do juiz à lei, configurando-se como uma opção juridicamente incompatível com o princípio da legalidade e com a lógica do Estado de direito (FERRAJOLI, 2015).

Segundo Ferrajoli (2015, p. 136):

Em todos os casos a ponderação é um termo infeliz e enganoso: seja pelo fato de transformar a aplicação da lei em uma operação desvinculada da própria lei, seja pelo fato de ser usada como um significado muito extenso, ao ponto de designar qualquer tipo de raciocínio jurídico de interpretação sistemática.

O autor não exclui, no entanto, o papel da argumentação, uma vez que toda a atividade jurisprudencial, exatamente pelo fato de ser submetida à lei e ao ônus da motivação, consiste em uma atividade argumentativa, além de aplicativa.

Para Streck (2010), a exigência da utilização de princípios e a livre atribuição de sentidos nos chamados casos difíceis, são produtos de uma equivocada compreensão da “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen. Em nome da ponderação e da teoria da argumentação, abre-se um perigoso campo para o exercício de discricionariedades e decisionismos.

No modo como as colisões de princípios têm sido solucionadas no Brasil, a partir de uma ponderação direta, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha jurisprudência dos interesses com fortes pitadas da jurisprudência de valores. E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial (STRECK, 2011).

Neste contexto, não surpreende que, embora citada e recitada ad nauseam pela doutrina e pelos tribunais, não seja possível encontrar uma decisão sequer aplicando a regra da ponderação. Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em alibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos (STRECK, 2011 p. 23).

Na medida em que aumenta a interferência judicial, maior também deveria ser o comprometimento de juízes e tribunais em respeitar a tradição jurídica que, ao longo dos anos possibilitou conquistas importantes. Apesar disso, contrapondo-se a ideia de responsabilidade política e aproveitando-se dessa tendência judicializante o judiciário vem afirmando a sua supremacia, que acaba entrando em choque com a ideia de supremacia constitucional (TASSINARI, 2012).

Segundo Sarmiento (2009), o potencial emancipatório preconizado pela teoria neoconstitucionalista tem funcionado como um mecanismo de cristalização de diferenças sociais, mantendo a hiper-inclusão de uns, ao preço da exclusão de outros. Ao contrário do que deveria ocorrer, a adoção de uma hermenêutica jurídica mais flexível tem se transformado num belo rótulo para justificar mais do mesmo: patrimonialismo, desigualdade, "jeitinho".

Diante da maior abertura e fluidez metodológica do direito introduzida pelo constitucionalismo principialista, cabe indagar acerca do seu efeito colateral, qual seja: o

agravamento das patologias que afetam o Estado Constitucional de Direito e buscar novas soluções para o enfrentamento desses problemas.

3 O GARANTISMO COMO ALTERNATIVA AO PRINCIPALISMO

O paradigma constitucional contemporâneo, como visto nos capítulos anteriores, se depara com inúmeros desafios na concretização dos avanços de ordem democrática. A despeito do grande desenvolvimento teórico alcançado pela perspectiva pós-positivista, condensada sob o rótulo do neoconstitucionalismo, é absolutamente relevante discutir outras condições de possibilidade que a teoria do direito possui para construir respostas aos grandes dilemas da atualidade.

Segundo Gil (2006), a teoria do garantismo jurídico identifica a crise na efetividade da Constituição decorrente do constante desrespeito aos princípios e direitos fundamentais, e se propõe a buscar soluções dentro do próprio ordenamento jurídico, colocando-se como possibilidade de resposta ao caos do Direito e da razão jurídica.

Entretanto, conforme destacam Cademartori e Navarro (2014), ao contrário do neoconstitucionalismo que já possui grande internalização no debate acadêmico e na jurisprudência dos tribunais pátrios brasileiros, o garantismo jurídico, de matriz positivista, não tem recebido a mesma atenção. As referências à Ferrajoli geralmente se limitam a abordagem de aspectos de natureza penal e processual penal.

Nesse contexto, a proposta do presente capítulo consiste na apresentação de um breve relato acerca do pensamento jurídico de Ferrajoli no que se refere ao constitucionalismo garantista com modelo teórico e como projeto político, bem como suas implicações práticas quanto à aplicação do direito.

3.1 A ORIGEM DO GARANTISMO JURÍDICO

“Garantismo” é um neologismo que surgiu na Itália, na década de 70, em resposta à redução das garantias penais e processuais dos direitos de liberdade, frutos de uma legislação e jurisdição de exceção justificadas pela emergência do terrorismo. Todavia, tal paradigma deve ser estendido para além do âmbito penal, a todo sistema de garantias dos direitos fundamentais, em resposta ao crescente desenvolvimento da divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores (FERRAJOLI, 2015).

O termo vem do verbo garantir, visto que o garantismo se preocupa com os aspectos formais e substanciais de validade do direito. Em seu aspecto formal, uma norma somente será válida quando elaborada em conformidade com os procedimentos traçados previamente

pelo ordenamento jurídico. Quanto ao elemento substancial, o conteúdo da norma também constitui fundamento de sua validade. Desse modo, uma norma vigente, porém incompatível com a materialidade dos direitos fundamentais, estaria expurgada do ordenamento jurídico (MAIA, 2000).

De acordo com Trindade (2013), a consolidação da expressão *garantismo* se deve às atividades e pesquisas científicas desenvolvidas por Luigi Ferrajoli, especialmente a partir da publicação da obra “*Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*” em 1989. A teoria garantista alcança sua formulação máxima, quase 20 anos depois, com a publicação da obra *Principia Iuris: Teoria del Diritto e Della Democrazia* a qual busca a redefinição do paradigma teórico e normativo das modernas democracias constitucionais através da formulação de garantias idôneas para assegurar o grau máximo de efetividade dos direitos reconhecidos constitucionalmente.

3.2 AS TRÊS ACEPÇÕES DE GARANTISMO

Na obra “Direito e Razão”, onde inaugura uma teoria geral do garantismo, Ferrajoli apresenta três sentidos distintos de “garantismo”, porém inter-relacionados: como modelo ou tipo de sistema jurídico, como teoria do direito e como filosofia política.

Como modelo normativo de direito, o garantismo se caracteriza como um sistema de limites e vínculos impostos pelas Constituições a todos os poderes através da positivação dos princípios que devem orientar toda a produção normativa e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2012).

Identifica-se no plano epistemológico, como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela que pode minimizar a violência e maximizar a liberdade; e, no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Consequentemente, pode ser descrito como “garantista” todo sistema jurídico que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (FERRAJOLI, 2002).

Trata-se, no entanto, de um modelo ideal do qual a realidade pode se aproximar em maior ou menor medida, podendo ser identificados diferentes graus de garantismo (TRINDADE, 2013).

Se um sistema normativo de Direito penal, por exemplo, atende aos princípios constitucionais, pode-se dizer que o mesmo apresenta níveis altíssimos de Garantismo. Porém se suas práticas efetivas estão em desacordo com o modelo normativo o sistema apresenta graus baixíssimos de Garantismo. Assim, a análise

pode ser feita a partir das antinomias que o sistema normativo apresenta e de suas práticas efetivas em relação às normas legais (BORTOLI, 2000, p. 55-56).

Dessa maneira, é possível mensurar a adequação de um sistema constitucional à teoria garantista, especialmente através dos mecanismos de invalidação e reparação idôneos a assegurar a efetividade dos direitos proclamados pela Constituição e propiciar o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo (FERRAJOLI, 2002).

Nesse aspecto, o garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito e necessita, portanto, do constitucionalismo para realizar seu programa, assim como o constitucionalismo se alimenta do projeto garantista para condicionar a legitimidade do exercício do poder ao cumprimento de certas exigências morais que se concentram nos direitos fundamentais (SANCHÍS, 2008).

No entanto, vale ressaltar que o garantismo como modelo teórico e normativo, nunca está inteiramente realizado, nem de direito, nem de fato: nem no plano de suas normas de atuação, sempre imperfeitas e incompletas, nem no plano da prática jurídica, no qual tais normas são frequentemente violadas (FERRAJOLI, 2015).

Na segunda acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica que redefine os conceitos de validade, vigência e eficácia, a partir da diferença entre ser e dever ser no Direito. A validade de uma norma não se reduz à sua eficácia ou à sua mera validade formal ou vigência (existência jurídica), mas contempla também os requisitos substanciais incorporados constitucionalmente. O conceito de vigência diz respeito à correspondência aos seus critérios formais de produção. Por fim, a eficácia reside na distinção entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) e suas práticas efetivas (tendencialmente antigarantistas), demonstrando que os primeiros são válidos, porém ineficazes e as segundas são eficazes, mas inválidas (FERRAJOLI, 2002; BORTOLI, 2000).

A diferenciação entre vigência e validade é reflexo da separação entre o “ser” e o “dever ser” internos do Direito e constitui um dos argumentos centrais de *Principia Iuris* enquanto teoria do Direito do Estado Constitucional. Já as lacunas e antinomias desempenham papel central no que diz respeito à força normativa da Constituição, visto que tal força pode ser frustrada pela ação ou omissão legislativa (SANCHÍS, 2008).

Em resumo, conforme Gil (2006), o garantismo corresponde a uma teoria que proporciona a crítica e a deslegitimação interna das normas carentes de validade, evidenciando suas antinomias ao invés de ocultá-las e defendendo a forma estatal do Direito sob o princípio *auctoritas, non veritas facit legem* e a forma jurídica do Estado sob o princípio da legalidade.

Igualmente, para Bortoli (2000), o garantismo assume postura crítica ao denunciar a confusão entre vigência e validade, bem como a redução da validade à eficácia, como formas de legitimação do Direito inválido vigente. Outro aspecto crítico é a tarefa destinada aos juízes de apontar as antinomias e lacunas, almejando a coerência e a plenitude do ordenamento.

Assim, as lacunas e antinomias geram para a autoridade competente uma obrigação de repará-las mediante a anulação da norma indevidamente existente ou pela introdução daquela indevidamente inexistente. O que não pode ocorrer, em nenhuma hipótese, é um ato de interpretação das normas existentes ou de mera aplicação do Direito. O garantismo requer sempre a produção de uma nova norma que preencha a lacuna ou que ponha fim a antinomia (SANCHÍS, 2008).

Conforme Ferrajoli (2002, p. 685):

Em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidas a partir de suas representações normativas, e com a confiança *a priori* difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal – e, em todo caso não realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica.

Já como filosofia política impõe uma prática jurídica coerente com a tutela e garantia dos direitos fundamentais como justificação externa da existência do poder estatal (BORTOLI, 2000).

Esse enfoque pressupõe a distinção entre direito e moral, entre validade e justiça, bem como entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” *do* direito (FERRAJOLI, 2002).

Eis que a assunção de um ponto de vista externo (ou político) não encoberto por aquele interno (ou jurídico) forma o pressuposto dos Estados democráticos (FERRAJOLI, 2002).

Disso resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às garantias de diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos – os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sócias – que equivalem não somente a “valores objetivos”, mas também a conquistas historicamente determinadas, resultado das lutas e revoluções de muitas gerações, e suscetíveis de ulteriores desenvolvimentos e expansões: a garantia de novos direitos, como limites e vínculos a todos os poderes, inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive aos níveis supranacionais e àquele internacional; a tutela dos bens fundamentais, além dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2012, p. 25).

Já o atrofiamento de um ponto de vista externo, ou sua explícita confusão com aquele interno, é típico de Estados autoritários como autojustificação do direito e do Estado, como valores em si e/ou como fins em si mesmo (FERRAJOLI, 2002).

Ademais, a redução do garantismo à esfera penal está frequente associada, no debate público, à intolerância por limites jurídicos e controles judiciais dos poderes políticos e econômicos, que ameaça gravemente a democracia constitucional mediante duas potentes ideologias de legitimação do poder: a ideia da onipotência da maioria política e ideia da liberdade de mercado como nova *Grundnorm* da ordem globalizada (FERRAJOLI, 2015).

3.3 ASPECTOS DE UMA TEORIA GERAL DO GARANTISMO

Essas três formas de compreensão permitem a identificação dos principais elementos caracterizadores de uma teoria geral do garantismo, quais são: a) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; b) a divergência entre validade e vigência, da qual resulta um grau irreduzível de ilegitimidade das práticas normativas de níveis inferiores; c) a distinção entre ponto de vista externo (ético-político) e interno (jurídico), e conseqüentemente entre justiça e validade; d) o primado do ponto de vista externo e um grau irreduzível de ilegitimidade política das instituições em relação ao mesmo (FERRAJOLI, 2002).

Tal teoria, segundo Gil (2006), pretende ser um possível solução para a crise do Direito que se apresenta sob três aspectos: (1) uma crise da legalidade, ou seja, do valor vinculante associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, com a ausência e ineficiência dos controles; (2) uma crise do Estado Social, o qual não é efetivado em razão da inadequação estrutural das formas de Estado de Direito, assinaladas por caracteres seletivos e desiguais; e (3) uma crise do Estado nacional, que se manifesta na troca dos lugares da soberania, na alteração do sistema de fontes e, por consequência, em uma debilidade do constitucionalismo.

De um modo geral, as perspectivas de superação da crise generalizada que se abate sobre o paradigma constitucional, devem ser confiadas unicamente ao fortalecimento das garantias e à sua ampliação no âmbito supranacional (FERRAJOLI, 2015).

Nesse contexto, o Direito Constitucional, a Filosofia do Direito e a Teoria do Direito, emergem como disciplinas fundamentais para uma reflexão acerca da aplicação cotidiana do direito quanto aos limites e possibilidades da atuação judicial, em benefício de uma efetiva concretização dos direitos fundamentais que não comprometa a autonomia, a normatividade e a certeza do direito.

3.4 A RELAÇÃO ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO E CONSTITUCIONALISMO

Para Ferrajoli, o paradigma constitucional resulta no aperfeiçoamento do positivismo jurídico, levando-o à sua forma mais extrema e acabada. Porém, o modelo garantista se distancia do modelo juspositivista clássico quanto aos seguintes aspectos:

a) ao nível da teoria do direito, pela diferenciação entre validade e vigência e estabelecimento de uma nova relação entre a forma e a substância das decisões; b) ao nível da teoria política, aceitando uma revisão da concepção puramente processual da democracia e o reconhecimento da sua dimensão substancial; c) ao nível da teoria da interpretação e da aplicação da lei, comporta uma redefinição do papel do juiz e revisão das condições e formas como se dá sua sujeição à lei; e d) ao nível do papel da ciência jurídica, o qual passa a ser não mais simplesmente descritivo, mas também criativo e crítico em relação ao seu objeto (FERRAJOLI, 1997, p. 94).

Além disso, o principal pressuposto metodológico de uma teoria geral do garantismo reside na separação entre direito e moral e, de maneira geral, entre ser e dever ser (FERRAJOLI, 2002). Por isso, o constitucionalismo garantista se opõe a todo ontologismo de valores e também a qualquer cognitivismo moral de um suposto mínimo ético que estaria na origem do direito, de modo que a juridicidade de uma norma não deriva de sua justiça, nem a justiça de sua juridicidade (TRINDADE, 2011).

Entretanto, ao contrário do que sugerem alguns, Ferrajoli não nega totalmente a conexão entre direito e moral, visto que admite que qualquer sistema jurídico expressa, ao menos, a moral de seus legisladores. O que autor rejeita é a tese de que a moral integraria o próprio conceito de direito (TRINDADE, 2011).

O distanciamento entre a moral e o direito representa, para Sanchís (2008), uma das peculiaridades mais valiosas do constitucionalismo de Ferrajoli que propõe uma ciência jurídica crítica e, ao mesmo tempo, comprometida com a efetividade dos direitos fundamentais.

A respeito de outras diferenças, segundo Streck (2010): enquanto no positivismo primitivo a moral ficava de fora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. De igual modo, obedecer “à risca o texto da lei” democraticamente construído nada tem a ver com a “exegese” à moda antiga. O que o constitucionalismo garantista não admite é cumprir a lei só quando nos interessa.

Assim, além de embasar uma crítica ao positivismo primitivo, a teoria geral do garantismo lança críticas às ideologias, sejam elas de caráter jusnaturalista ou ético-formalista, as quais confundem a justiça com o Direito, bem como às ideologias jurídicas,

tanto as normativas quanto as realistas, que embarçam a validade com a vigência e a efetividade com a validade (GIL, 2006).

3.5 A IMPORTÂNCIA DAS GARANTIAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

Uma das questões centrais da Filosofia do Direito na atualidade tem sido o debate acerca da imensa disparidade entre teoria e prática em sede de direitos fundamentais. Tutelar os direitos fundamentais é o objetivo central do garantismo, que se destaca como uma opção para a concretização dos direitos constitucionalmente estabelecidos, através da redefinição do paradigma do constitucionalismo e sua consequente substancialização (GIL, 2006).

A abordagem de Ferrajoli parte do pressuposto que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que nela deveriam estar fundamentadas. Cria-se, pois uma divergência entre normatividade e efetividade, de modo que o garantismo se propõe a minimizar a distância entre o texto da norma e sua aplicação prática (MAIA, 2000.)

Para tanto, a expansão do papel e do poder dos juízes gerada pelo paradigma constitucional, além de impor um reforço das garantias jurisdicionais, deveria induzir, no plano da filosofia jurídica e política uma prática coerente com tais direitos, ao invés de avaliar e encorajar a leitura principialista de grande parte das normas constitucionais não mais como regras que os juízes são obrigados a aplicar, mas como princípios que eles têm o poder de ponderar (FERRAJOLI, 2015).

Em razão de um ampliado conceito de democracia para além da ideia de vontade da maioria e incluindo o respeito ao direito das minorias, o constitucionalismo garantista equivale a um projeto normativo que exige ser realizado através da instituição de idôneas garantias, mediante políticas e leis de atuação.

Para Ferrajoli (2012, p. 23)

[...] somente a rígida disciplina positiva da produção jurídica é capaz de democratizar tanto a sua forma quanto os seus conteúdos. Assim, o Estado Constitucional de Direito equivale à positivação do “dever ser” constitucional do próprio direito, permitindo a democratização de seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais e sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia constitucional.

Por conseguinte, uma vez que quase todos os direitos fundamentais exigem leis de atuação, sob pena de restarem condenados à inefetividade, de acordo com Ferrajoli (2011), os

princípios e os direitos estipulados constitucionalmente acarretam para o legislador o dever de instituir garantias primárias e secundárias.

As garantias primárias consistem em obrigações e proibições imediatamente correlatas aos direitos previstos nas Constituições. Já as garantias secundárias equivalem à reparação judiciária das violações das garantias primárias por comissão ou por omissão. São justamente essas garantias que modificaram o velho equilíbrio entre os poderes públicos: as primeiras, restringindo os poderes políticos; e as segundas, ampliando o poder jurisdicional (FERRAJOLI, 2015).

Para o constitucionalismo garantista, a própria rigidez constitucional é uma garantia essencial à soberania popular das futuras gerações e dos poderes das futuras maiorias. Com base nisso, a revisão dos princípios fundamentais deve ser vedada com o fim de salvaguardar os direitos duramente conquistados democraticamente (FERRAJOLI, 2015).

Em síntese, as garantias constitucionais equivalem, à garantia da normatividade da própria Constituição, visto que se identificam com regras idôneas a assegurar a sua efetividade. Além disso, segundo a abordagem garantista, as violações das garantias equivalem às antinomias (por comissão) e às lacunas estruturais (por omissão), isto é, aquelas geradas por desníveis normativos entre normas constitucionais e normas legais, por exemplo.

Ou seja, as antinomias e as lacunas consistem em vícios que contradizem a hierarquia das fontes, tornando inaplicáveis as normas constitucionais: as antinomias pela indevida presença de normas com elas em contraste, e as lacunas pela indevida ausência das respectivas leis de atuação. Por isso exige-se um provimento jurisdicional que declare sua invalidade, anulando as normas indevidamente existentes, quando se tratar de antinomias; e, quando se tratar de lacunas, uma intervenção legislativa que introduza as normas de atuação indevidamente inexistentes (FERRAJOLI, 2015).

Em um sentido ampliado, diz-se, portanto, que o garantismo é a face ativa do constitucionalismo que se propõe a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e promessas constitucionais, consistindo as garantias em modalidade ativas correspondentes às expectativas passivas que compreendem todos os direitos.

3.6 A VINCULAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS NO ESTADO DE DIREITO

Um dos grandes problemas da teoria política sempre foi a criação de mecanismo para a defesa do cidadão frente ao poder. Por essa razão, o garantismo pressupõe sempre uma concepção pessimista do poder. Seja quem for que o possua, encontra-se predisposto, pela

falta de limites e garantias, a degenerar-se em despotismo. Mesmo a melhor forma de organização política não deixa de ser uma utopia que jamais alcançará a perfeição. Assim, o Direito e sua força são um mal, embora necessários, que conservam sempre, em última análise, um irremediável resíduo de ilegitimidade (FERRAJOLI, 2002).

Esse ponto de vista decorre de uma reflexão profunda acerca da natureza do Estado e das instituições, uma vez que o Estado é fenômeno artificial e convencional, construído pelos homens para tutelar suas necessidades e direitos. O que é natural é a ausência de direito e o estado de natureza. Por essa razão, o poder estatal necessita sempre de justificação que se realiza à luz da moral, externa ao Direito, e ganha forma através dos direitos fundamentais.

Todavia, o Estado de Direito atual apresenta algumas inclinações neoabsolutistas que se tornam evidentes nas práticas antigarantistas embasadas em normatividades de emergência e de exceção, oriundas de interesses setoriais da sociedade, acarretando o enfraquecimento do constitucionalismo democrático que tem por escopo servir o corpo social. A teoria garantista de Ferrajoli, por sua vez, se preocupa com o resgate da dimensão democrática do Estado Constitucional de Direito (GIL, 2006).

A inegável força vinculante das disposições constitucionais e limitação ao exercício arbitrário do poder reside precisamente no caráter formal do garantismo que se impõe a todos os poderes públicos através das normas hierarquicamente superiores. Ao mesmo tempo esse caráter formal não exclui e sim fortalece a função crítica e normativa da ciência jurídica (TRINDADE, 2011).

Percebe-se a importância dos limites substanciais impostos pela Constituição a partir da expansão massiva das funções do Estado contemporâneo e dos seus respectivos espaços de discricionariedade, da redução da capacidade de regulação do direito, da inadequação e da falta de efetividade de suas técnicas de garantia e da tendência do poder político em se libertar dos controles jurídicos e deslocar-se a lugares extrainstitucionais (FERRAJOLI, 2002).

No plano interno, percebe-se uma incapacidade cada vez mais evidente do Estado em suprir os problemas gerados pela inaplicabilidade efetiva dos preceitos fundamentais. No plano externo, por sua vez, há uma tentativa de imposição de modelos econômicos que tentam romper a noção de território e mercado, tornando o monopólio da produção e da aplicação do direito pelo Estado cada vez mais próximo de uma mera pretensão (MAIA, 2000).

Nesse viés, é válido observar o distanciamento da teoria garantista das construções mais usuais do neoconstitucionalismo em relação à sua dimensão teórica. Segundo Sanchís (2008), o garantismo defende uma postura mais cética em relação às possibilidades da

argumentação jurídica, tendo como consequência uma visão mais restrita da aplicação direta da Constituição e uma interpretação não conflitualista dos direitos fundamentais.

3.7 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Algumas doutrinas neoconstitucionalistas sustentam uma diferença morfológica ou estrutural entre as leis e os textos constitucionais. De acordo com esse ponto de vista, as leis expressam um momento político único, uma maioria parlamentar que, melhor ou pior, responde a uma determinada concepção moral e política. Embora possam ocorrer contradições entre elas, estas se resolvem basicamente segundo um critério cronológico. Já as Constituições expressam uma coexistência de projetos políticos possíveis através de princípios plurais e tendencialmente contraditórios. Trata-se de uma visão conflitualista da Constituição e dos direitos fundamentais que deságua no juízo de ponderação (SANCHÍS, 2008).

Ferrajoli não pretende negar a existência de conflitos entre direitos fundamentais – tese se que revelaria facilmente desmedia por qualquer texto constitucional – mas apenas expressar a sua inconformidade com a tendência habitual com que a filosofia jurídica tem generalizado, enfatizado e dramatizado esses conflitos, quaisquer que sejam a sua natureza.

O autor considera que a questão se dramatiza em excesso por parte do neoconstitucionalismo, inventando conflitos onde só há limites. Além disso, o excessivo conflitualismo principialista confiado à ponderação judicial, inevitavelmente discricionária mesmo quando argumentada, carece de legitimidade e conduz a um enfraquecimento da normatividade e da supremacia constitucionais, reduzindo-as a meras declarações de intenções políticas. O constitucionalismo garantista, por sua vez, limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação dos poderes e com a natureza cognitiva – e não discricionária – da jurisdição (FERRAJOLI, 2011).

Acredita-se que as doutrinas principialistas, ao configurarem os direitos constitucionalmente estabelecidos como princípios objeto de ponderação e não como regras objeto de subsunção, promovem o ativismo judicial que compromete a separação dos poderes, correndo-se o risco de provocar um desnaturamento da jurisdição, transmutada em fonte de direito por força do papel criativo e substancialmente legislativo conferido ao Poder Judiciário (FERRAJOLI, 2015).

Embora Ferrajoli concorde que nem sempre exista uma fronteira nítida entre os direitos e os limites que lhes são impostos por outros direitos, acredita que o problema da discricionariedade exsurge quando se confia à jurisdição constitucional a eleição entre as distintas soluções possíveis (TRINDADE, 2011).

Ao abordar os conflitos entre direitos, Ferrajoli distingue dois tipos de discricionariedade: a discricionariedade política, própria das funções executiva e legislativa, cuja legitimidade advém da representação política, e a discricionariedade judicial, ligada à atividade jurisdicional e vinculada à interpretação exigida para a aplicação do direito, cuja legitimidade decorre da submissão do juiz à lei (TRINDADE, 2001).

Nos ordenamentos democráticos de *civil law*, a produção do direito vigente deve ser reservada exclusivamente às instituições políticas e representativas, sejam elas legislativas ou de governo, destinando ao judiciário somente a sua aplicação e não a criação de direito novo. Fontes são somente aqueles atos ou fatos aos quais o ordenamento confere o poder inovar ou modificar o direito (FERRAJOLI, 2015).

Embora os precedentes jurisprudenciais tenham uma potente capacidade de influenciar a compreensão do direito, é essencial não confundir influência com autoridade. Ou seja, a força vinculante dos precedentes decorre da sua substância ou plausibilidade racional e não da formalidade de sua produção, visto que não possuem o valor de leis, cuja autoridade decorre em razão da forma ou do órgão pelos quais são produzidas.

A configuração da jurisprudência constitucional como fonte primária do direito é uma tese inadmissível para a abordagem garantista. Segundo Ferrajoli (2015), a ideia de que as sentenças sejam fontes de direito contradiz o princípio da legalidade e a sujeição dos juízes à lei e, por consequência disto, ofende também a separação dos poderes. Admitir essa tese equivaleria a uma regressão ao direito da idade pré-moderna como resultado paradoxal da experiência jurídica mais avançada da modernidade, representada pela positivação do dever ser do direito e pela sujeição a limites e a vínculos jurídicos de todos os poderes.

Nas palavras de Ferrajoli (2015, p. 142): “afirmar que os juízes criam direito equivale, em suma, a confundir interpretação e inovação, aplicação e produção, *juris-dição* e *legislação*, verificação do significado das leis e vontade legislativa, direito vivente e direito vigente”.

Com a ampliação do espaço da jurisdição em detrimento da legislação, com o elevado grau de indeterminação assumido pelo direito diante da emergência principiológica e, sobretudo, com o crescente protagonismo manifestado pelos juízes nessa quadra da história, a

principal preocupação da teoria do direito deve ser o controle da interpretação judicial (STRECK, 2010; TRINDADE, 2012).

3.8 A INCOMPATIBILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL COM O MODELO DE CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Como ressalta Streck (2010), o Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. De um lado, corre o risco de perder autonomia (duramente conquistada) em virtude de ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e dos fatores econômicos) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente.

De acordo com Tassinari (2012), o desenvolvimento do neoconstitucionalismo acabou gerando um imaginário favorável ao ativismo, a partir da ascensão institucional do Poder Judiciário, que tem no elemento discricionário o seu núcleo fundamental. Mesmo as propostas oriundas de um movimento que se descreve como pós-positivista, acabam apostando na discricionariedade que tem como resultado a afirmação, cada vez maior da ideia de supremacia judicial em contraposição à supremacia constitucional. Isso tudo tem acarretado enormes riscos à democracia e se mostrado em desacordo com o Constitucionalismo Contemporâneo.

Segundo Sanchís (2008), aparentemente a função judicial resulta de maior protagonismo na presença de antinomias, tendo em vista que estas requerem uma atividade negativa ou de anulação. Ou seja, a jurisdição somente pode constatar as lacunas, mas pode constatar e resolver as antinomias. Por esse motivo, o constitucionalismo garantista enfatiza a necessidade de derrogação ou anulação da norma constitucional sempre um legislador negativo, qual seja o Parlamento ou Tribunal Constitucional.

Em virtude do papel de fonte do direito associado à jurisprudência, o constitucionalismo principialista enfraquece a normatividade das Constituições, confiando a escolha de quais princípios constitucionais respeitar ou não respeitar, atuar ou não atuar, à ponderação judicial, além da legislativa, com a conseqüente inversão da hierarquia das fontes. Em última análise, provoca uma degradação dos direitos fundamentais a recomendações genéricas de tipo ético-político (FERRAJOLI, 2015).

De maneira diametralmente oposta, o constitucionalismo garantista reforça a importância da distinção entre o deve ser constitucional e o ser legislativo do direito,

criticando o desenvolvimento do direito ilegítimo, seja por comissão ou por omissão, de maneira que o preenchimento das lacunas estruturais deve ser confiado somente à legislação, enquanto a resolução das antinomias, à jurisdição constitucional e não ao ativismo interpretativo dos juízes que tem assumido dimensões patológicas, chegando a comprometer o Estado de direito e a democracia.

Além disso, conforme Ferrajoli (2015, p. 96):

O constitucionalismo garantista repropõe, de maneira ineludível, os nexos biunívocos entre direito e política e entre ciência jurídica, filosofia política e sociologia do direito, programaticamente ignorados e excluídos pelo velho método técnico-jurídico, promovendo uma cultura jurídica militante na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais: uma cultura, portanto, que exige não um menor, mais um maior rigor metodológico.

Para Tassinari (2012), a questão atinente aos poderes do Judiciário no Brasil necessita de maior problematização, seja porque tais poderes carecem de legitimação na medida em que decisões judiciais têm sido utilizadas como critério de validade do direito; seja porque não há uma preocupação por parte do Judiciário quanto ao modo de fundamentar/legitimar decisões, transportando posicionamentos teóricos de um país para o outro sem qualquer filtragem ou contextualização.

Tendo em vista que o constitucionalismo garantista tem como premissa a tensão entre liberdade e poder sobre o qual emerge o Estado de Direito, cujo fundamento e finalidade são a tutela das liberdades do cidadão frente às diversas formas de exercício do poder, é possível afirmar que o garantismo se opõe tanto ao autoritarismo político quanto ao ativismo judicial.

Essa constatação se evidencia na medida o garantismo busca elaborar técnicas – limites, garantias, condições de legitimidade do exercício do poder – no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar a sua efetividade no plano prático, levando a crer que a teoria garantista é contrária ao ativismo judicial.

O pensamento de Ferrajoli, de inspiração iluminista e liberal, defende o cognitivismo frente ao decisionismo no que se refere aos espaços de poder que caracterizam a atividade judicial. Ao mesmo tempo que o poder de cognição é encarado como fisiológico, o poder de disposição é onde residem os problemas levantados por Ferrajoli que comprometem a submissão do poder judicial à lei (TRINDADE, 2012).

Segundo Ferrajoli (2011, p. 113), o constitucionalismo garantista:

Comporta, em síntese, o reconhecimento de uma *normatividade forte* das Constituições rígidas, em razão da qual, posto um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever correspondente por parte da esfera pública. Trata-se de

uma normatividade relacionada, em via primária, à legislação, à qual impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas com leis idôneas de atuação; e, em via secundária, à jurisdição, à qual impõe remover as antinomias e apontar as lacunas.

O modelo garantista vem sendo constantemente aperfeiçoado, sobretudo a partir das críticas a ele dirigidas, de tal maneira que a leitura das obras de Ferrajoli tem se tornado obrigatória para a devida compreensão das atuais democracias constitucionais (TRINDADE, 2011)

Tendo em vista que o ativismo é um problema de teoria do direito e, mais precisamente, de teoria da interpretação, resistir ao ativismo judicial importa, obrigatoriamente, um aprofundamento dos estudos relativos à interpretação e à aplicação do direito. De acordo com Trindade (2012), este é um ponto fundamental em relação ao qual o garantismo ainda precisa avançar para que a interpretação deixe de ser compreendida como mero ato de vontade, visto que estão não constituem questões centrais da teoria de Ferrajoli, a qual aposta no controle do poder de disposição do juiz através de uma maior precisão semântica da legislação.

Esse caminho percorre a compressão da decisão judicial como um compromisso que envolve a responsabilidade política dos juízes em contraposição à ideia de um simples ato de escolha que carrega consigo muitos critérios subjetivos. Portanto, é preciso que sejam concentrados os esforços na tentativa de encontrar a melhor interpretação judicial, qual seja, aquela que melhor reflita os parâmetros constitucionais.

CONCLUSÃO

As transformações ocorridas no campo do Direito, após a Segunda Guerra Mundial, se desenvolveram a partir de uma profunda inovação da estrutura dos ordenamentos jurídicos com a introdução de Constituições rígidas, hierarquicamente superiores à legislação ordinária, dotadas de força vinculante e amparadas pelo controle de constitucionalidade.

O reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional alteraram substancialmente o modo como se pensa e se pratica o Direito no mundo contemporâneo.

Além disso, o papel e a densidade normativa conferidos à Constituição através dos direitos fundamentais, a preocupação com a operacionalização dos princípios constitucionais e a afirmação e legitimação das instituições jurídicas e políticas, deram origem ao paradigma do Estado Constitucional de Direito e do Constitucionalismo Contemporâneo.

Essas mudanças na forma de encarar o constitucionalismo a partir do século XX modificaram a atuação do Poder Judiciário que assumiu um papel de destaque no cenário estatal. Em diferentes partes do mundo, cortes constitucionais ou supremas protagonizaram decisões que envolvem questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos da sociedade.

A atuação dos tribunais, cada vez mais abrangente, expandiu seu escopo, transformando-se em um fenômeno diverso e multifacetado no qual, frequentemente, se confunde judicialização e ativismo judicial. Embora próximos, são fenômenos distintos. Enquanto a judicialização decorre do desenho constitucional vigente, caracterizados, no Brasil, por uma Constituição analítica e um sistema de controle de constitucionalidade abrangente, o ativismo consiste em uma opção política do Judiciário através de uma postura proativa de interpretação da Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, mas que carece de legitimidade.

Por isso, identificou-se que as incursões judiciais não podem ser pautadas pelo exclusivo voluntarismo dos juízes uma vez que os excessos podem conduzir a arbitrariedades

e injustiças, causando prejuízos inestimáveis ao sistema como um todo. É necessário que as decisões judiciais sejam racionais e justificáveis.

Assim, o ativismo judicial consiste em um problema de teoria do direito e de interpretação jurídica, onde o cerne da questão reside no questionamento da natureza da interpretação jurídica e no espaço dado à subjetividade do intérprete.

Esse contexto exigiu o desenvolvimento de uma teoria do direito capaz de explicar as transformações ocorridas no direito contemporâneo, no qual identificaram-se duas maneiras opostas de encarar o constitucionalismo. A primeira delas, popularmente conhecida como neoconstitucionalismo e denominada constitucionalismo argumentativo ou principialista por Ferrajoli, é a mais difundida e se declara pós-positivista. Uma outra concepção é o constitucionalismo garantista, de matriz positivista, proposto por Ferrajoli.

Entre as características distintivas do neoconstitucionalismo em relação ao constitucionalismo garantista de Ferrajoli destacou-se: (1) o ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (2) uma concepção muito vigorosa da força normativa da Constituição; e (3) o papel central conferido à argumentação jurídica em virtude da configuração dos direitos fundamentais como princípios (objetos de ponderação) em detrimento das regras (objeto de subsunção).

No entanto, a identificação do neoconstitucionalismo com esses elementos tem conduzido ao cognitivismo ético (espécie de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo; ao enfraquecimento da hierarquia das fontes e, conseqüentemente da normatividade constitucional; e ao ativismo judicial e aos problemas que este provoca junto à submissão dos juízes à legalidade, pondo em risco a própria segurança jurídica.

Embora o neoconstitucionalismo tenha representado um importante passo para a afirmação da força normativa da Constituição, acabou por institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial norte-americano, provocando condições patológicas que tem contribuído para a corrupção do próprio texto da Constituição.

Desse modo, o constitucionalismo garantista surge como alternativa ao constitucionalismo principialista, como modelo teórico e como projeto político, visto que se caracteriza como um sistema de limites e vínculos impostos pelas Constituições a todos os poderes e assume uma postura crítica ao denunciar a confusão entre vigência e validade, bem como a redução da validade à eficácia, como formas de legitimação do Direito inválido vigente.

Ademais, tutelar os direitos fundamentais é o objetivo central do garantismo, que se destaca como uma opção para a concretização dos direitos constitucionalmente estabelecidos, através da redefinição do paradigma do constitucionalismo e sua consequente substancialização. Para isso, enfatiza a necessidade de instituição de garantias idôneas, uma vez que quase todos os direitos fundamentais exigem leis de atuação, sob pena de restarem condenados à inefetividade.

Por fim, a partir da reflexão aqui apresentada é possível concluir que o ativismo judicial é incompatível com a teoria garantista, visto que esta tem como premissa a tensão entre liberdade e poder sobre o qual emerge o Estado de Direito, cujo fundamento e finalidade são a tutela das liberdades do cidadão frente às diversas formas de exercício do poder.

O garantismo defende o cognitivismo frente ao decisionismo no que se refere aos espaços de poder que caracterizam a atividade judicial, na medida em que busca elaborar técnicas – limites, garantias, condições de legitimidade do exercício do poder – no plano teórico, torna-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático.

Observou-se, portanto, a relevância da obra e da teoria desenvolvida por Luigi Ferrajoli, cujos elementos permitem a conformação de um paradigma do constitucionalismo garantista em oposição aos avanços do constitucionalismo principialista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **RDA**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 864-939, set./dez. 2013. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n3_artigo8.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **RDA**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **RPGE**, Porto Alegre, v. 31, n. 66 p. 89-114, jul./dez, 2007. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge66livro.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.

_____. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **[Syn]tesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

BORTOLI, Adriano de. **A reforma do aparelho do Estado brasileiro entre a eficiência administrativa e a garantia dos direitos fundamentais**. 2000. 217 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. A teoria do direito entre neoconstitucionalismo e garantismo e a proteção à democracia. **FDSM**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 65-86, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.fds.edu.br/site/posgraduacao/volume2014.1/04.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. O Estado Constitucional de Direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação direito e moral segundo a teoria dos sistemas. **NEJ, Itajaí**, v. 17, n. 2, p. 206-220, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3968/2345>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LXXIV (Separata). Coimbra, 1998, p. 1- 44. Disponível em: <http://www.uc.pt/fduc/corpo_docente/galeria_retratos/castanheira_neves/pdf/doutrina_LXXIV_1998.pdf>. Acesso em: 21 out. 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: RT, 2015.

_____. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Tradução de André Karam Trindade. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST, 9., 2010, Curitiba. **Anais...** . Curitiba: ABDCONST, 2011. p. 95 - 113. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. O Direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente a divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, n. 21, p.12-21, 1994.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. **REDAE**, Salvador, n. 18, p. 1-35, maio/jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIL, Lise Anne de Borba Franzoni. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria jurídica da argumentação de Robert Alexy: uma aproximação teórica**. 2006. 147 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

GOMES, Nestor Castilho et al. Neoconstitucionalismo, hermenêutica e pós-positivismo: uma crítica a partir da teoria estruturante do direito. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST, 9., 2010, Curitiba. **Anais...** . Curitiba: Abdconst, 2011. p. 111 - 131. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/CriticaNestor.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Título original: **Die normative Kraft der Verfassung**.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **RDA**, Rio de Janeiro, v. 251, p.139-178, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

MAIA, Alexandre. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 145, jan./mar. 2000.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf>. Acesso em 29 jul. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROS, Luciano da. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 86-105, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Ros_n31.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

SANCHÍS, Luis Prieto. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. **DOXA: Cuadernos del Filosofia del Derecho**, Alicante, n. 31, p. 325-354, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: **Forense**, p. 267-302, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? **NEJ, Itajaí**, v. 15, n. 1, p.158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/%20nej/article/viewFile/2308/1623>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. Contra o constitucionalismo. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”. **Anima**, Curitiba, v. 1, p. 383-413, 2012. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p.31-46, jul./dez. 2012.

_____; **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 169-185, abr. 2014. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/490/391>. Acesso em: 06 jul. 2015.

TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de Luigi Ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. **Revista Direito e Política**, Itajaí, v. 6, n. 3, p. 1228-1251, 2011.

_____. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 31 jul. 2015.