



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

GEORGE SANTANA PEREIRA CARREIRO

**NEOCONSTITUCIONALISMO E “NEOJUDICIÁRIO”:
judicialização, ativismo ou judiciocracia?**

**Campina Grande
2010**

GEORGE SANTANA PEREIRA CARREIRO

**NEOCONSTITUCIONALISMO E “NEOJUDICIÁRIO”:
judicialização, ativismo ou judiciocracia?**

Artigo científico apresentado ao curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba como requisito parcial para conclusão da componente TCC – Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientadora: Prof^ª. Ticiania Pinto de Araújo.

**Campina Grande
2010**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

C314n Carreiro, George Santana Pereira.
Neoconstitucionalismo e “neojudiciário” [manuscrito]:
Judicialização ativismo ou judiciocracia? / George Santana
Pereira Carreiro. – 2010.
29 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas, 2010.
“Orientação: Profa. Esp. Ticianá Pinto de Araújo,
Departamento de Direito Público”.

1. Direito constitucional I Título.

21. ed. CDD 342

GEORGE SANTANA PEREIRA CARREIRO

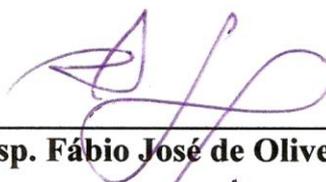
**NEOCONSTITUCIONALISMO E “NEOJUDICIÁRIO”:
judicialização, ativismo ou judiciocracia?**

Campina Grande, 02 de Dezembro de 2010.

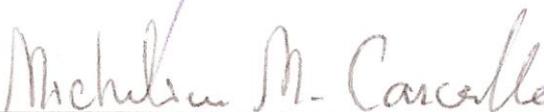
BANCA EXAMINADORA:



**Profª Esp. Ticiano Pinto de Araújo - UEPB
(Orientadora)**



Prof. Esp. Fábio José de Oliveira Araújo - UEPB



Profª. Ms. Micheline Maria Machado de Carvalho– UEPB

À Railza, a coisa mais maravilhosa
que encontrei na Rainha da
Borborema.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre me acompanhar nessa jornada, mesmo quando imaginava caminhar sozinho.

A meus pais, Edgar e Santana, por minha própria existência, pela confiança e apoio, onde sempre encontrei o abrigo mais seguro, os braços mais aconchegantes, as palavras mais carinhosas e os exemplos mais sólidos que alguém pode precisar.

Aos irmãos que me foram dados, Edgar Jr. e Gisele, que, na distância e na saudade, nunca hesitaram em dar ajuda quando necessário, tampouco em dar alegria quando procurados.

Aos irmãos que foram permitidos escolher, Valdeci e Vinícius, companheiros de angústias e alegrias, de conquistas e frustrações no curso de Direito, no trabalho, na vida pessoal. São relações sinceras forjadas no calor das batalhas diárias em sala de aula e, muito mais, fora dela.

Aos meus amigos familiares, especialmente Fábio e Celiane, que me acolheram nesta cidade sem titubear em momento algum. A distância homérica que nos separa é somente um detalhe frente à intensidade do contato que sinto, todas as vezes que nos encontramos.

Aos meus colegas de turma, de “Tribunal Pleno”, e de “enquetes”, Guilherme “Venosa”, Lazi, Clécio, Rodrigo “Sapo”, Philippe “Galego”, Jaci, “MM” Francisco, os Andrés (Lira, Tavares e Luís), Anchieta, Dudu, Agricélia, Gisele, Flavinha, Diego “Prefeito”, Diego César, Milena, Danniell, Alexandre, Danillo, Daniel, Carol, Ronildo, João Felipe, Monique, Joab, Aslan, Wanessa, Gustavo, os quais faço questão de citar a todos. Futuros companheiros de profissão e eternos parceiros de risos. Amizades que jamais esquecerei.

À minha namorada Railza, por seu amor, sua amizade, seu companheirismo, seu carinho, seus conselhos e suas reprovações, onde, sem sua presença, essa conquista ficaria pela metade.

“Justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista; não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança; não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro; mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira, quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exacto e rigoroso sinónimo do ético”.

(José Saramago)

RESUMO

O presente trabalho procura analisar o recente cenário onde o Poder Judiciário desempenha um novo papel, frente aos outros Poderes constituídos e frente à própria sociedade. As mudanças de paradigmas surgidos com o convencionou-se chamar de “novo Direito Constitucional” ou “Neoconstitucionalismo”, no período pós-Segunda Guerra possibilitou essa postura pró-ativa do Judiciário. Essa nova atuação criou um conjunto de consequências que estão umbilicalmente ligadas: o ativismo judicial, a judicialização das relações políticas e sociais e a crescente expansão do Poder Judiciário. A hipertrofia vivida pelo Judiciário é um movimento mundial que acompanha as democracias contemporâneas, especialmente, desde o pós-guerra, quando se deu, na maior parte das democracias ocidentais, a criação de tribunais constitucionais e a consolidação do controle de constitucionalidade das leis, com centralidade da Constituição e em uma supremacia judicial na sua interpretação. No Brasil, é um evento facilmente observado nos últimos vinte e dois anos, e potencializado no nosso ordenamento graças a fatores particularmente nacionais. Essa mudança empunha categoricamente a bandeira da efetivação dos Direitos Fundamentais. Contudo, se à primeira vista essa expansão baseia-se na justificativa sólida da efetivação, por outro lado, seu bojo revela uma profunda crise que assola as instituições organizacionais do Estado e, para alguns, até do regime democrático, na medida em que o poder decisório de maiorias democráticas seria mitigado quando confrontado com outros elementos, como resguardo do sistema e proteção da dignidade da pessoa humana. Esses fenômenos correspondem a uma posição completamente nova assumida pelo Judiciário, que implicarão profundas mudanças no sistema de divisão orgânicas dos poderes, na relação entre as diversas intuições, e até mudanças nos comportamentos entre os cidadãos comuns.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; ativismo judicial; judicialização.

ABSTRACT

This paper analyzes the recent scenario where the judiciary plays a new role, compared to other Powers made ahead and society itself. The paradigm shifts that have arisen with it was called "the new constitutional law" or "Neoconstitutionalism" in the post-World War II that allowed pro-active judiciary. This new performance created a set of consequences that are inextricably linked: judicial activism, the legalization of political and social relations and the increasing expansion of the Judiciary. Hypertrophy experienced by the judiciary is a worldwide movement that accompanies contemporary democracies, especially since the postwar period, when he, in most Western democracies, the creation of constitutional courts and consolidation of control of constitutionality of laws, focused the Constitution and judicial supremacy in interpreting them. In Brazil, an event is easily observed in the last twenty two years, and strengthened in our legal system thanks to factors particularly nationals. This change categorically holds the banner of enforcement of Human Rights. However, at first glance this expansion is based on sound reasons of effectiveness, however, reveals its wake a deep crisis in the institutions of the state organization, and for some, even of the democratic regime in that the power decision of Democratic majorities would be mitigated when confronted with other elements such as guard system and protection of human dignity. These phenomena correspond to an entirely new position assumed by the judiciary, which will involve profound changes in the organic system of division of powers, the relationship between different intuitions, and even behavioral changes among the ordinary citizens.

Keywords: Neoconstitutionalism; judicial activism; legalization.

NEOCONSTITUCIONALISMO E “NEOJUDICIÁRIO”: JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO OU JUDICIOCRACIA?

George Santana Pereira Carreiro¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Neoconstitucionalismo. 2.1. Evolução do Neoconstitucionalismo. 2.1.1. Evolução histórica. 2.1.2. Evolução filosófica. 2.2. Características do Neoconstitucionalismo. 2.2.1. Força normativa da Constituição. 2.2.2. Expansão da jurisdição constitucional e supremacia da Constituição. 2.2.3. A nova hermenêutica constitucional. 3. O novo papel do Poder Judiciário. 3.1 O novo Judiciário e a Separação dos Poderes. 3.2. Judicialização, ativismo e expansão do Judiciário. 3.3. Críticas ao novo papel do Judiciário. 4. Conclusão.

1 Introdução

O presente trabalho procura estudar algumas das conseqüências ligadas diretamente ao fenômeno que se convencionou chamar de novo Direito Constitucional ou “Neoconstitucionalismo”. Dentre as principais conseqüências, encontra-se um cenário onde o Poder Judiciário desempenha um novo papel, frente aos outros Poderes constituídos e frente à sociedade. A hipertrofia vivida pelo Judiciário é um fenômeno mundial e, particularmente no Brasil, bem característicos dos últimos vinte e dois anos, é baseado, principalmente, na bandeira da efetivação dos Direitos Fundamentais.

Contudo, se, à primeira vista, essa expansão possui a justificativa sólida da efetivação, por outro lado, seu bojo revela uma profunda crise que assola as instituições organizacionais do Estado e, para alguns, até do regime democrático, na medida em que o poder decisório de maiorias democráticas seria mitigado quando confrontado com outros elementos, como resguardo do sistema e proteção da dignidade da pessoa humana.

A primeira parte cuida em explicar as origens desse novo papel do Judiciário: o Neoconstitucionalismo. A segunda metade do século XX foi marcada por profundas mudanças de paradigmas de toda sorte: científicos, filosóficos, morais, entre tantos outros. Em relação ao Direito, o movimento neoconstitucionalista representou essa ruptura, apontando que as categorias que até então eram amplamente utilizadas já não bastavam para responder aos anseios de uma sociedade extremamente complexa. Ainda que a expansão do

¹ Concluinte do Curso de Bacharelado em Direito pela UEPB.

Judiciário possui raízes em episódios anteriores, indubitavelmente, é nesse período que o crescimento foi mais significativo.

A segunda parte trata de algumas conseqüências que caminham umbilicalmente ligadas entre si: o ativismo judicial, a judicialização das relações políticas e sociais e a crescente expansão do Poder Judiciário. Esses fenômenos correspondem a uma posição completamente nova assumida pelo Judiciário, que implicarão profundas mudanças no sistema de divisão orgânica dos poderes, na relação entre as diversas intuições, e até mudanças nos comportamentos entre os cidadãos comuns.

2 Neoconstitucionalismo

O sistema jurídico e o Direito Constitucional, no Brasil e no mundo romano-germânico, de uma maneira geral, passou, nas últimas décadas, por um conjunto vertiginoso de transformações que mudou o modo como o direito é pensado e praticado.

O termo “neoconstitucionalismo” foi cunhado recentemente. Apesar de estar sustentado em idéias que se disseminaram na segunda metade do século XX, a obra de maior relevância a trazer o termo específico foi a coletânea de artigos organizada pelo professor mexicano Miguel Carbonell, intitulada “*Neoconstitucionalismo(s)*”, de 2003. Como observa SARMENTO (2009, p. 9):

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista.

Alguns autores negam sua existência como novo fenômeno ou movimento, atribuindo-lhe a qualidade tão somente de “um conjunto de posturas teóricas” (VALE, 2007, p. 2) ou simplesmente mais um estágio na evolução do constitucionalismo. Entretanto, a ruptura de inúmeros paradigmas que existiam durante o constitucionalismo positivista, leva a crer que se trata sim de um novo movimento, com características bem distintas do anterior, capaz de apresentar respostas às angústias no momento atual em que vive o Direito.

2.1 Evolução do Neoconstitucionalismo

2.1.1 Evolução histórica

O mundo do pós-Segunda Guerra sofreu impactos sem precedentes na história da humanidade. Se o conflito não foi o mais sangrento da História, sem sombra de dúvidas foi o que causou maior comoção e vergonha. Com o Tribunal de Nuremberg, a sociedade obteve o resultado que desejava, naquele momento – a condenação de alguém que fosse apontado como culpado e revanche pelas atrocidades praticadas pelo Nazismo. Contudo, as conseqüências jurídicas do julgamento foram mais relevantes.

A partir desse episódio, atentou-se para o fato da diferença existente entre a lei e o Direito, que até então eram utilizadas como expressões sinônimas. O Direito, portanto, manifestava-se apenas e tão somente através dos textos legais. Ao serem julgados, os nazistas alegavam, em suas defesas, que todas as condutas que haviam praticado eram baseadas no ordenamento jurídico – leis e Constituição – que vigoram até então na Alemanha e, portanto, seus comportamentos eram permissivos. Em suas sentenças, entretanto, os julgadores concluíram a existência da diferença entre lei e Direito e, embora agindo de acordo com a primeira, esta última – mais ampla – havia sido violada.

A partir daí, ocorreu uma redefinição do lugar da Constituição frente a todo o ordenamento jurídico. Com a criação do Tribunal Constitucional alemão, houve uma fecunda produção, tanto jurisprudencial quanto teórica, que marcou a ascensão da Constituição e do Direito Constitucional.

Nas décadas subseqüentes, a Europa testemunhou a redemocratização de diversos Estados em seu continente, em especial Portugal e Espanha, na década de 70, e dessa ruptura com modelos autoritários, o novo modelo constitucional mostrava-se como o novo caminho a ser trilhado. As cartas constitucionais passavam a ser documentos repletos de normas impregnadas de elevado conteúdo axiológico

No Brasil não foi diferente. Após duas décadas de anos de chumbo, a Carta Magna de 1988 – e a característica desconstitutiva-constitutiva que a acompanhou, recebeu o encargo de simbolizar essas conquistas e mobilizar o imaginário das pessoas. Além disso, deve-se considerar o mais longo período de estabilidade institucional do país. Nas palavras de BARROSO (2007, p. 3):

E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República; houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados; foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República; foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores; surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional.

2.1.2 Pressupostos filosóficos

O Jusnaturalismo desenvolvido a partir do século XVI, fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, ao ser considerado metafísico e anticientífico, havia cedido seu lugar na Filosofia do Direito ao Positivismo.

O Positivismo Jurídico, tão característico do século XIX e início do século XX, buscando objetividade científica, equiparou o Direito e a lei, afastando o primeiro da Filosofia e de discussões como Ética, Justiça e legitimidade. O mundo presenciou sua decadência diretamente associada à derrota dos Estados totalitários – Alemanha e Itália, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a Ética e os valores começam a retornar ao Direito.

No Neoconstitucionalismo, a dicotomia jusnaturalismo/positivismo pode ser superada. O Pós-positivismo surge a partir da superação histórica do primeiro e do fracasso político do segundo, combinando aspectos de ambos. Ele procura a ir além da legalidade, sem marginalizar o Direito posto, empreendendo uma leitura moral, sem recorrer a categorias metafísicas. O Pós-positivismo² defende a superação do Positivismo baseando-se em duas idéias centrais: a incorporação da Moral ao Direito e a normatividade e supremacia dos princípios sobre as demais regras.

Em relação à primeira, a Moral passa a existir também no âmbito jurídico, e não somente intrinsecamente em cada indivíduo. Tudo que o que é moralmente relevante deve estar presente em norma, seja em um princípio, seja em uma regra, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, que é o maior valor do nosso ordenamento.

² Além de autores tradicionalmente apontados como pós-positivistas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky, André Rufino Vale identifica ainda, no seio desse Pós-positivismo, um “positivismo incorporacionista” de Coleman, um “positivismo inclusivo” de Waluchow, um “positivismo ético” de Peces-Barba, um “positivismo crítico” de Ferrajoli e um “constitucionalismo positivista” de Prieto Sanchís (VALE, 2007, pp. 71-74).

Em relação à segunda idéia, existem normas de hierarquia superior normas de categoria inferior. Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes; é uma norma que não tem medida exata do seu cumprimento, podendo ser aplicado mais ou menos. As regras são mandamentos de definição, isto é, normas que devem ser aplicadas na medida exata de suas prescrições, obedecendo à lógica do “tudo ou nada”. Dessa forma, se a regra contrariar um princípio, ela deve deixar de ser aplicada. Os princípios possuem um grau de generalidade maior; sua violação implica a agressão a todo o ordenamento jurídico.

2.2 Características do Neoconstitucionalismo

As características do Neoconstitucionalismo referem-se às mudanças de paradigma que revolucionaram a prática do Direito Constitucional, nos últimos 50 anos no mundo, e nos últimos 20 anos no Brasil.

2.2.1 Força normativa da Constituição

A Constituição passa a ser uma norma jurídica. Foi superada, portanto, o modelo europeu tradicional em que a Constituição era compreendida por Ferdinand Lassale como um documento político, uma meta a ser atingida, uma convocação à atuação do legislador ou do administrador; um documento que não é dotado de aplicabilidade direta e imediata. Nesse modelo superado, os direitos não eram diretamente irradiados a partir da Constituição, mas somente a partir do momento em que havia intermediação do legislador quando regulamentava aquilo que estava previsto na Constituição.

Essa visão é hoje inteiramente derrotada do ponto de vista histórico. As normas constitucionais são aplicáveis direta e imediatamente nos limites de sua densidade jurídica. Desenvolve-se, portanto, um “modelo axiológico de Constituição como norma”³. De acordo

³ ALEXY, 2004, p. 160 apud VALE, 2007, 68.

com esse modelo, a Constituição é caracterizada pela existência de valores – princípios e normas de direitos fundamentais, expressamente positivados, que tendem a influenciar todo o resto do ordenamento, vinculando, portanto, a atividade pública e privada. Trata-se da expressão de Ricardo Guastini de uma “Constituição invasora”⁴; uma norma capaz de transformar todo o ordenamento jurídico – jurisprudência, doutrina, atividade política, relações sociais.

2.2.2 Expansão da jurisdição constitucional e supremacia da Constituição

Nos ordenamentos jurídicos do Ocidente, após a Segunda Guerra, a expansão da jurisdição constitucional representou a vitória do modelo norte-americano de constitucionalismo, que é o modelo fundado na centralidade da Constituição, no controle de constitucionalidade, e, portanto, na supremacia judicial, pois o controle é feito por um órgão judicial. O modelo europeu tradicional era um modelo de centralidade da lei e de supremacia do Parlamento, onde não havia controle de constitucionalidade e a última palavra acerca da interpretação da Constituição era dada pelo Parlamento.

A partir de 1948-50, de uma maneira geral, este modelo de centralidade da lei e de supremacia do Parlamento é historicamente derrotado pelo modelo de centralidade da Constituição e na supremacia judicial na interpretação da Constituição. Todos os países europeus democráticos, um a um, praticamente, com exceções como Reino Unido e Holanda, passaram a adotar tribunais constitucionais e, portanto, permitindo o controle de constitucionalidade das leis.

No Brasil, desde a primeira Constituição republicana, vigorava o modelo americano de controle incidental de constitucionalidade por todos os órgãos judiciais. Mas o controle de constitucionalidade torna-se verdadeiramente importante no Brasil a partir de 1988, que manteve o controle incidental, mas o expandiu notavelmente por meio dos processos diretos, das ações objetivas, bem como da ampliação dos legitimados ativos do art. 103, CF. Sob a CF/88 houve um “boom” de controle de constitucionalidade que torna o modelo brasileiro muito peculiar, pois, algumas das grandes questões controvertidas postas ao debate público, chegam direta e rapidamente ao STF por meio de ações diretas.

⁴ GUATINI, 2003, p. 153 apud VALE, 2007, 69.

Ocorreu no Brasil um fenômeno que na Europa começou na Alemanha, após a Segunda Guerra Mundial, e em Portugal e Espanha, ao longo da década de 70. A Constituição passou para o centro do ordenamento jurídico, onde passa a desfrutar não apenas de supremacia formal – a qual sempre teve – mas também de supremacia material, supremacia axiológica. Dessa forma, é deslocado o bom e velho Código Civil, que por décadas a fio figurou no centro do sistema jurídico como o verdadeiro Direito comum, e a própria dualidade radical entre o direito público e o direito privado se atenua, a partir do momento em que é substituído pela Constituição nesse lugar.

Essa entronização da Constituição, fruto desse novo Direito Constitucional que se apresenta, faz com que ocorra um fenômeno conhecido como “filtragem constitucional” ou “constitucionalização do direito”, que é a leitura de todo o direito infra-constitucional, de todo o ordenamento, à luz da Lei Ápice. A Constituição passa a ser uma lente, um filtro, através do qual se devem ler e interpretar as categorias e os institutos de todos os ramos do Direito. A interpretação jurídica passa a ser, nesse aspecto, direta ou indiretamente, interpretação constitucional, já que, ao analisar determinada pretensão, o intérprete inevitavelmente deverá observar as disposições contidas na Carta Magna.

Aplica-se, ainda, indiretamente a Constituição em toda aplicação do Direito por duas razões: ao aplicar uma norma ordinária o intérprete sempre realizará, incidentalmente, uma operação de controle de constitucionalidade; e o sentido e o alcance que qualquer norma infraconstitucional deverá ser fixado à luz dos valores e princípios contidos na Lei Fundamental.

Paralelo à constitucionalização do Direito, existe, ainda, outro fenômeno. Sob a nova ordem jurídica, após 1988, aumentou significativamente a busca da sociedade brasileira pela prestação jurisdicional. Individualmente, houve uma redescoberta da cidadania e conscientização de seus direitos por parte da sociedade. Além disso, a nova Constituição trouxe em seu corpo diversas ferramentas de defesa dos Direitos Fundamentais, como por exemplo, consolidação das ações de tutela, seja na defesa de direitos coletivos, difusos, ou direitos individuais homogêneos. Nesse ambiente, juízes e tribunais passam a desempenhar um papel simbólico imaginário coletivo.

2.2.3 A nova hermenêutica constitucional

A hermenêutica jurídica tradicional se assentava na relação entre dois grandes pressupostos: a norma e o intérprete. No modelo tradicional, o papel da norma jurídica era o de fornecer, no seu relato abstrato, a solução adequada aos problemas da vida. O intérprete, por sua vez, quando tinha de resolver um problema, localizava a norma aplicável, buscava um enquadramento do fato ou fatos relevantes naquela norma e pronunciava a consequência jurídica dali relevante.

Essa operação, originado na lógica aristotélica, baseia-se em uma premissa maior, uma premissa menor e uma conclusão. Essa estrutura básica de validade de um argumento é chamado por Aristóteles de “silogismo categórico”. Adaptando-a ao Direito, tem-se uma premissa maior (norma), uma premissa menor (caso concreto) e uma conclusão (sentença). Essa estrutura de raciocínio é muito utilizada nas ciências exatas e claramente a preferida pelo Positivismo formalista que, no Direito, recebe o nome de subsunção.

A norma continha a solução, o interprete verificava qual era o fato, e pronunciava para o caso concreto a solução que estava prevista na norma. Assim, o intérprete (juiz) desempenhava apenas uma função técnica de conhecimento, que era concretizar, à luz daquela hipótese específica, a solução que estava prevista na norma.

O mundo moderno foi ficando progressivamente mais complicado e as relações sociais, tornando-se mais complexas, de modo que as normas jurídicas já não eram mais capazes de trazer no seu relato abstrato a solução para todos os problemas. A partir daí, começou-se a viver um ambiente teórico e prático em que a norma tem um início de solução, mas a solução não está completa. Ela necessita de complementação pelo juiz.

Aquele juiz que, no modelo tradicional, desempenhava uma função técnica de conhecimento, neste novo modelo, precisa ser um co-participante do processo de criação do direito. O paradigma tradicional não está derrotado, pois, ainda resolve muitos problemas. Entretanto, ele se revela incompleto para a solução de todos os conflitos.

Um exemplo dessa situação ocorreu com a biografia não-autorizada do cantor Roberto Carlos. O autor ingressou em juízo com uma ação para proibir a divulgação de sua biografia não-autorizada escrita por um jornalista, invocando em seu favor o direito à privacidade e imagem, ambos tutelados constitucionalmente. O escritor, em resposta, vai a juízo e se opõe ao pedido alegando estar exercendo sua liberdade de expressão e, além disso, o público tem o direito de saber sobre a vida de uma pessoa pública, já que o cantor sobrevive do público.

O problema desse caso concreto é que os dois lados têm razão. Os dois têm normas constitucionais sólidas em seu favor. Além disso, o juiz não pode julgar a lide “empatada”: ele precisa resolver esse problema. A solução para este caso não está pronta na norma, pois cada

um invocou normas constitucionais pertinentemente. Ela precisa ser construída argumentativamente pelo juiz. Este é o novo modelo onde se opera a nova hermenêutica. É o modelo em que há casos conhecidos como “casos difíceis”, seja porque exista colisão ou porque esteja diante de desacordos morais razoáveis.

Neste novo ambiente, uma importante ferramenta de trabalho é representada pelos princípios constitucionais. Os princípios, de um modo geral, libertaram-se de uma posição subalterna que tinham na LICC, que dizia que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, com o costume ou com os princípios gerais do direito”. Nessa perspectiva, os princípios gerais do Direito eram a terceira fonte subsidiária quando não houvesse norma, a demonstrar que o legislador entendia que os princípios eram sequer norma. Essa percepção inverteu-se, e os princípios passaram ao centro do sistema jurídico.

O Direito existe para realizar os grandes princípios constitucionais – da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da moralidade, da eficiência. Ao trabalhar com os princípios, há uma refuga da tradição positivista. Enquanto as regras descrevem exatamente o que se deve fazer, os princípios, pelo seu grau de abstração, exigem uma concretização de sentido por parte do intérprete.

Contudo, reconhecimento da normatividade dos princípios traz uma constatação: os princípios constitucionais entram em rota de colisão. E aqueles critérios tradicionais (o cronológico, o hierárquico e o de especialização) de solução de conflitos normativos não servem.

Quando ocorre essa colisão é necessário recorrer à ponderação, que é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas. Na primeira etapa, identificam-se as normas que postulam incidência sobre o caso concreto. Na segunda etapa, selecionam-se os fatos relevantes. Na terceira etapa, faz-se a concordância prática possível, fazendo-se concessões recíprocas, de modo a se preservar o máximo possível de cada um dos princípios em choque, de cada um dos direitos fundamentais que estejam em rota de colisão.

Como a solução não está pronta no sistema, e precisa ser construída argumentativamente pelo intérprete, o papel deste se torna muito mais importante. E a argumentação jurídica se torna muito mais relevante. A argumentação jurídica é um pouco mais que o simples dever de motivar, pois, como o juiz não está aplicando a lei por mera subsunção, ele precisa demonstrar porque o resultado que construiu racionalmente é a solução constitucionalmente – e socialmente – adequada. O mundo atual já não se contenta mais com o argumento de autoridade.

3 O novo papel do Poder Judiciário

3.1 O novo Judiciário e a Separação dos Poderes

A modificação de paradigma jurídico-político, apresentada acima, provocou uma profunda transformação no modo em que a divisão orgânica dos Poderes foi organizada por Montesquieu. Em seu célebre “*Do Espírito das Leis*”, de 1748, o francês afirmava que as atribuições do Estado deveriam ser desempenhadas por órgão distintos. Ao Poder Judiciário, então, cabia aplicar a lei ao caso concreto, substituindo a vontade das partes, resolvendo definitivamente conflito instaurado.

A teoria clássica da Separação dos Poderes foi responsável pela separação entre Política e Direito. O Poder Judiciário que nasce das entranhas da Revolução Francesa é limitado pelas disposições da Constituição Francesa de 1789, ao determinar que o Judiciário não poderia ser exercido pelo Legislativo, tampouco pelo Executivo. Além disso, tribunais não poderiam se imiscuir no exercício do Poder Legislativo, muito menos suspender a execução das leis⁵. O Estado que nasce da Revolução Francesa é responsável pela neutralização do Poder Judiciário. Dessa forma a “neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês. Ela se torna, no correr do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 22 apud LEITÃO, 2008, p. 26).

Após a democratização e o fortalecimento do Estado, o Poder Judiciário assume papel diferente da posição neutra anteriormente imposta pelo sistema político. Com o surgimento dos direitos sociais, tornou-se imprescindível uma intervenção mais efetiva no campo social e econômico, no intuito de consolidar Direitos Fundamentais e solidificar sistema de determinado Estado. O Poder Judiciário, aos poucos, abandona a função de mera “boca que pronuncia as palavras da lei” (ALBUQUERQUE, 2007, p. 117 apud LEITÃO, 2008, p. 56).

Em 1803, no célebre caso *Madison vs. Malbury*, de 1803, o juiz Marshall, da Suprema Corte americana, ao raciocinar o sistema de controle de constitucionalidade, desenvolve as idéias de supremacia da Constituição sobre as demais leis infraconstitucionais e de função do Judiciário de proteção da Constituição. Há, nesse episódio, uma quebra de paradigma. Ainda

⁵ Art. 1º, capítulo V e art. 3º, capítulo 1º.

que sejam formuladas leis ou decisões políticas, provenientes do Poder Legislativo – representantes do povo, donos da soberania, elas podem ser extirpadas do ordenamento jurídico. E mais: por um sujeito ou órgão que não foi escolhido pelo detentor dessa soberania.

Aqui já se trava uma discussão das mais complexas: a tensão e superposições entre constitucionalismo e democracia, entre indivíduo e cidadão/eleitor. O art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988 define a República Federativa do Brasil como um “Estado Democrático de Direito”. Cabe aqui uma ressalva, pois, depois de um período de extrema castração de direitos de toda sorte, o constituinte quis explicitar o rompimento com o passado ditatorial. Contudo, André Ramos Tavares prefere a nomenclatura “Estado Constitucional de Direito”:

No Estado Constitucional de Direito há como que uma primazia da Constituição positivada relativamente ao postulado da soberania popular representativa. A vontade da maioria atual cede em face da norma constitucional que disponha em sentido contrário. A maioria momentânea deve curvar-se à vontade da maioria constituinte. Preserva-se a soberania popular consubstanciada na Constituição e, a partir desta, normatizada.

Assim, assegura-se ao Tribunal Constitucional essa conotação popular, de representante da soberania popular, da vontade expressa na Constituição, por promovê-la. (TAVARES, 2005, p. 498 apud PRADO, 2009, p. 52.)

Nesse diapasão, após a Segunda Guerra Mundial, foram criadas cortes constitucionais, em uma infinidade de nações: na Alemanha (1951) e na Itália (1956); no Chipre (1960) e na Turquia (1961); na Grécia (1975), na Espanha (1978), em Portugal (1982) e na Bélgica (1984); na Polônia (1986), na Hungria (1990), na Rússia (1991), na República Tcheca (1992), na Romênia (1992), na República Eslovaca (1992) e na Eslovênia (1993); na Argélia (1989), na África do Sul (1996) e em Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review* (BARROSO, 2007, p. 5).

O papel do Judiciário e, principalmente das dessas cortes, nessa perspectiva, deve ser o de proteção do processo democrático e promoção dos valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes. Cabe-lhe, ainda, em países de democracia menos enraizada, funcionar como garantidor da estabilidade institucional, solucionando os conflitos entre os demais Poderes, ou mesmo entre um deles e a sociedade civil.

3.2 Judicialização, ativismo e expansão do Judiciário

A judicialização é um fenômeno que acompanha as democracias contemporâneas do pós-guerra, quando se deu, na maior parte das democracias ocidentais, a criação de tribunais constitucionais e a consolidação do controle de constitucionalidade das leis, com centralidade da Constituição e em uma supremacia judicial na sua interpretação.

É importante assinalar que se trata de um fenômeno mundial. Nos últimos anos, sobretudo, em países diversos e distantes, a judicialização tem sido a tônica. No Canadá, por exemplo, coube à Suprema Corte se era possível ou não os EUA testarem mísseis em território canadense. Em Israel, foi a Suprema Corte que decidiu se era legítima ou não a construção de um muro de separação entre o Estado israelense e os territórios palestinos. Na Turquia, tem sido a Corte Constitucional um fator decisivo na demarcação de um espaço para um Estado laico, secular, impedindo um avanço do fundamentalismo islâmico em decisões polêmicas, como a declaração ilegalidade de partidos políticos radicais e mesmo a proibição de utilização do véu islâmico em instituições públicas de ensino. E nos EUA, as eleições do ano de 2000 foram decididas pela Suprema Corte, quando declarou a vitória de George W. Bush sobre Al Gore.

Embora seja mundial, o fenômeno foi potencializado no Brasil. Existem causas particularmente brasileiras para esta judicialização. Dentre as diferentes causas é possível destacar uma que nitidamente é responsável por essa expansão do Poder Judiciário, que é a existência de uma Constituição abrangente, de uma Constituição analítica, que trata de muitos temas: separação de poderes, de direitos fundamentais, de sistema tributário, do sistema previdenciário, de cartórios, de garimpos, de cooperativas, de criança e adolescente, de idosos, da sede do Colégio Pedro II, dos índios, do meio ambiente. A nossa atual Constituição, além de cuidar de muitos, trata de alguns desses temas com grau de detalhe. Quase tudo é possível conseguir com a boa utilização da Carta de 1988.

“Constitucionalizar” é, em última análise, permitir a judicialização. “Constitucionalizar” é retirar uma matéria do debate político majoritário e transformá-la em uma norma constitucional. E em uma norma constitucional que serve de parâmetro para pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário. E não é por outra razão que hoje, na vivência brasileira, estão postas perante o Poder Judiciário questões que vão desde a reforma previdenciária⁶ à importação de pneus⁷, passando pelo debate sobre cotas raciais⁸, sobre

⁶ ADI 3104.

⁷ ADI 3939.

⁸ RE 597285/RS.

liberdade de expressão⁹, sobre uso de algemas¹⁰. A judicialização no Brasil vai das questões mais importantes às questões mais simples; vai do sublime ao ridículo, como uma decisão do TRF da 4ª Região que conclui que a espuma do colarinho integra o chope¹¹.

Judicialização é diferente de ativismo judicial. A judicialização decorre do arranjo institucional existente no Brasil. Ela é uma opção política feita pelo constituinte, que constitucionalizou muitas matérias e transformou todos os juízes de direito em intérpretes e aplicadores da Constituição. Enquanto a judicialização é um fato, o ativismo judicial é uma atitude, é um modo pró-ativo e expansivo de interpretar a Constituição. O ativismo permite uma atuação mais ampla do Judiciário e uma ocupação, muitas vezes, de espaços que foram deixados vazios ou ocupados de maneira insuficiente ou deficiente pelos outros poderes. O ativismo judicial é um modo de interpretar a Constituição, e ele se manifesta por três grandes modos.

Em primeiro lugar, o ativismo judicial significa levar os princípios constitucionais às situações que não foram expressamente previstas, nem pelo constituinte nem pelo legislador ordinário. Foi o que o STF fez no caso da fidelidade partidária¹². Com base no princípio democrático, o STF entendeu e extraiu uma regra dispondo que, depois de eleito, o político não pode mudar de partido sob pena de perder seu mandato. Estabeleceu, portanto, sem nenhuma lei expressa, que o mandato pertence ao partido, e não ao parlamentar.

A segunda forma de ativismo judicial se dá pela declaração de inconstitucionalidade de leis fora das hipóteses de patente afronta à Constituição. O STF assim o fez ao declarar de inconstitucionalidade das regras de verticalização¹³, quando aplicadas ao mesmo ano em que editadas e que fez também ao declarar a inconstitucionalidade da cláusula de barreira¹⁴, que exigia requisitos eleitorais mínimos para que um partido pudesse ter representação no Congresso.

E por fim, a terceira e última forma de ativismo se dá quando o Judiciário impõe determinadas condutas, sobretudo ao Poder Executivo, interferindo ou determinando modos

⁹ AI 810191/MG

¹⁰ Rcl 8687/SC

¹¹ Proc. nº 2003.72.05.000103-2/TRF.

¹² ADI 3999.

¹³ ADI 3.685-8

¹⁴ ADI 1351.

de realizar políticas públicas, que é o que tem ocorrido no debate amplo e complexo que há no Brasil de hoje sobre a distribuição de medicamentos por via de decisão judicial¹⁵.

O ativismo judicial tem precedentes em outras partes do mundo. A expressão é normalmente associada a um período da história constitucional americana em que a Suprema Corte, presidida pelo ministro Warren, no período entre 1954 e 1969, sem uma emenda à Constituição, sem uma lei editada pelo Congresso, produziu uma revolução por meio da jurisprudência. É desse período a célebre decisão que acabou com a segregação racial nas escolas públicas, proibindo que existissem escolas públicas para brancos e escolas públicas para negros, e obrigando que os estados-membros adotassem uma política em que brancos e negros frequentassem as mesmas escolas.

Coube à Corte Warren, em decisão sem nenhuma modificação legislativa, que assegurou uma série de direitos aos acusados em um processo criminal, inclusive o direito de ter advogado e o direito de serem alertados sobre seus direitos no momento da prisão, proporcionando um salto de qualidade na proteção de um grupo extremamente vulnerável, que são os acusados em um processo criminal.

A Suprema Corte desse período estabeleceu um direito fundamental – o direito à privacidade – em uma outra decisão de 1965, afirmando que era inconstitucional um estado proibir o uso de uma pílula anticoncepcional, pois um estado-membro não tem o direito de invadir um quarto de um casal para saber como é sua vida entre as paredes de seu lar.

Na Alemanha do pós-Segunda Guerra, foi o tribunal constitucional, cujos membros não tinham nenhum contágio com o Nazismo que havia devastado, de uma maneira muito abrangente, a sociedade alemã, que ajudou a fazer uma transição democrática relevante com decisões que correram o mundo, como a imposição da leitura de todos os ramos do direito infraconstitucional à luz da Constituição.

Porém, o ativismo judicial é ambíguo. Carrega consigo uma faceta positiva e uma faceta negativa. A faceta positiva do ativismo judicial é que, por seu intermédio, o Judiciário tem, no Brasil, atendido a demandas sociais relevantes. Demandas que não foram acudidas a tempo e hora pelo processo político majoritário, notadamente pelo Congresso Nacional e pela legislação. Matérias de reforma política, matérias de moralidade pública, como o caso do nepotismo, findaram por serem atendidas pelo Poder Judiciário, na falta da legislação própria.

Entretanto, o ativismo judicial revela uma crise de legitimidade, de representatividade e de funcionalidade do Poder Legislativo. E isso é preocupante, pois, não há democracia sem

¹⁵ RE 256327 / RS

um Poder Legislativo dotado de credibilidade, capaz de vocalizar e repercutir os anseios da sociedade. O Brasil precisa afluientemente de uma reforma política capaz de restabelecer a legitimidade e a representatividade do Poder Legislativo.

No cenário brasileiro, há ainda mais um fenômeno a ser citado. Há uma descrença generalizada da população em relação ao sistema político majoritário, especialmente no que concerne ao Poder Legislativo e aos partidos políticos (ALMEIDA, 2007, p. 187 apud SARMENTO, 2009, p. 13). Essa descrença é alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, apontando a política parlamentar e partidária como ambientes essencialmente corrompidos, movidos exclusivamente em torno de interesses e não de valores.

Isso acarreta, em alguns setores, a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário. E este sentimento é fortalecido quando a Justiça adota decisões em consonância com a opinião pública, como ocorreu no recebimento da denúncia criminal no caso do "mensalão", na definição de perda do mandato por infidelidade partidária, e na proibição do nepotismo na Administração Pública.

3.3 Críticas ao novo papel do Judiciário

A primeira crítica que se tem feito a essa expansão do Judiciário é a de que os membros do Judiciário não são eleitos. Juizes, desembargadores, ministros, são, como regra geral, recrutados por um critério técnico que não passa pelo batismo da vontade popular. Aponta-se aqui a existência do que tem se denominado de “dificuldade contra-majoritária”. Em certas situações o Judiciário, cujos membros não são eleitos, sobrepõe a sua vontade, a sua valoração, àquela feita por vezes pelo Presidente da República eleito com mais de 50 milhões de votos, ou no caso do Congresso Nacional, cujos membros também foram eleitos por milhares de votos.

A resposta a essa objeção é que o Judiciário, especialmente o STF, como tribunal constitucional, somente age legitimamente quando o faz em nome da Constituição, seja para assegurar Direitos Fundamentais, seja para resguardar as regras do procedimento democrático. Longe dessas duas situações, o Judiciário deve ser deferente para com as escolhas políticas feitas pelo Congresso e para com o exercício razoável da discricionariedade administrativa do Poder Executivo.

Além disso, o Poder Judiciário não é totalmente desprovido de representatividade. Ministros das mais altas Cortes, no Brasil, são selecionados após participação do chefe do Poder Executivo e dos membros do Legislativo, ou seja, de figuras dotadas de legitimidade, eleitas diretamente pela manifestação da vontade popular (PORTO, 2006, pp. 233-234 apud PRADO, 2009, p.53). A Constituição Federal de 1988 determina que os Ministros do Supremo Tribunal Federal¹⁶, do Superior Tribunal de Justiça¹⁷, do Tribunal Superior do Trabalho¹⁸ e do Superior Tribunal Militar¹⁹ são escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado da República. Os componentes do Tribunal Superior Eleitoral são escolhidos entre Ministros do STF e STJ, além de advogados indicados pelo STF e nomeados pelo Presidente da República²⁰.

A segunda crítica que se tem feito a essa expansão do Judiciário é refere-se ao que a doutrina tem chamado de capacidade institucional. Pelo sistema constitucional brasileiro, o Poder Judiciário pode apreciar praticamente toda e qualquer matéria com base no art. 5º, XXXV, que diz que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser subtraída da sua apreciação. O Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve dar a última palavra.

O Judiciário, como regra geral o juiz, é treinado para fazer justiça no caso concreto. Muitas vezes o juiz não tem conhecimento ou seu ponto de observação não favorece quais são os efeitos sistêmicos, por exemplo, da sua interferência em uma política pública abrangente. Portanto, o juiz deve ter, muitas vezes, a humildade de reconhecer os limites da sua capacidade institucional, das informações com as quais trabalha e que tem acesso, do seu ponto de observação. Dessa forma, decisões sobre transposição de rios, decisões sobre demarcação de terras indígenas, decisões sobre o melhor local para ser locada uma usina hidrelétrica, como regra geral, não terão sua melhor decisão de mérito no Poder Judiciário.

O Judiciário deve resguardar para que o devido processo legal decisório acerca daquela matéria tenha sido observado e, portanto, que a comunidade tenha sido ouvida, que instâncias técnicas tenham se pronunciado, que a decisão final tenha considerado as diferentes visões sobre aquela escolha. Contudo, tomada a decisão política, feito o laudo antropológico

¹⁶ Art. 101, parágrafo único.

¹⁷ Art. 104, parágrafo único.

¹⁸ Art. 111-A, *caput*.

¹⁹ Art. 123.

²⁰ Art. 119.

por quem entende de Antropologia, em regra, o Judiciário não deve sobrepor sua vontade a vontade das instâncias políticas.

Por fim, a última é a crítica diz respeito à limitação do debate público quando ele se judicializa. O mundo do Direito tem uma linguagem própria e categorias próprias que excluem do debate as pessoas que não dominam a chave desse conhecimento.

A judicialização não pode ter a pretensão de abarcar todo o debate público, porque isso seria elitista, isso seria excludente. A linguagem jurídica é uma linguagem peculiar, muitas vezes estranha. Utiliza-se construções do tipo “no aforamento, havendo pluralidade de enfiteutas, elege-se um cabecel” ou “os embargos infringentes conquanto interpostos atempadamente viram-se improvidos”. Além da má qualidade estética e sonora, isso é simplesmente ininteligível para pessoas normais que trafegam pela vida sem o domínio do conhecimento jurídico.

Além do problema da linguagem, é preciso ter em conta que a judicialização é sempre um fenômeno patológico. O Poder Judiciário é a sede de solução de conflitos e, portanto, se uma matéria foi judicializada, é porque não houve uma solução amigável, é não houve uma solução consensual, não houve uma solução administrativa, e na vida o ideal não são os conflitos judiciais. O ideal é que as partes se componham sem a necessidade de uma demanda judicial.

4. Conclusão

A judicialização e o ativismo judicial oferecem o risco de exclusão de participação no debate de parcela ampla da população. Contudo, sua dose certa tem servido bem à população brasileira. Nos últimos 22 anos, esta expansão institucional do Poder Judiciário auxiliaram a democracia brasileira e ajudaram no avanço do processo político e social. É possível identificar decisões progressistas e relevantes em múltiplas áreas do direito, em decisões tomadas pelo STF.

No caso da prisão por dívidas, o STF, apesar de um pouco tarde, mas não tarde demais, eliminou a possibilidade de prisão do depositário infiel²¹, regra expressa na Constituição, mas entendida contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em matéria de direito penal,

²¹ HC 90.450, HC 90.983, HC 94.695, HC 93.280 e HC 91.361.

foi declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da lei de crimes hediondos que proibia a progressão de regime²², impedindo a ressocialização das pessoas com uma visão dura e punitiva da vida. Em matéria de direito do consumidor, entendeu que o CDC aplicava-se às relações entre os clientes e os bancos²³.

O STF assegurou, ainda, os direitos das minorias, inclusive das minorias vulneráveis, como são os indígenas, ao cancelar uma política de demarcação de terras²⁴. Em matéria de liberdade de expressão, superou uma tradição autoritária que ainda subsiste nos tribunais estaduais e nas cortes intermediárias, produzindo decisões importantes em matéria de liberdade de expressão, ao derrubar a lei de imprensa que era oriunda do regime militar²⁵, e estabelecer parâmetros adequados, afirmando que a liberdade de expressão não assegura o direito da fala, da manifestação racista, seja anti-semita, seja contra negros, seja contra homossexuais.

Existem riscos envolvidos nesta expansão do Judiciário, de uma judicialização ampla e de um ativismo judicial. É necessária atenção para o risco da arrogância, para o risco do autoritarismo, para o risco de uma judiciocracia.

A partir desse cenário, podem ser criadas distorções – algo freqüente no Brasil – e a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política podem ser relegadas a um segundo plano, pois, relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um passo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda (SARMENTO, 2009, p. 14). Apesar de parecer excesso de retórica, uma ditadura é ruim em qualquer circunstância, mesmo a ditadura que se estabeleça em nome da racionalidade do discurso jurídico.

É preciso sim ter atenção para essa expansão do Judiciário. Entretanto, deve-se atentar para o fato – e reiterar – que, até aqui, essa expansão nos serviu bem. Não há porque criticá-la ou combatê-la apenas por medo de que, no futuro, ela possa se desvirtuar. Se no futuro ela desvirtuar-se ou, pelo menos, mostrar sinais disso, então aí começaremos a combater, no primeiro dia em que isso aconteça. O que não se pode é combater e criticar algo que está funcionando bem, por medo da vida, por medo do futuro.

²² HC 82.959.

²³ ADI 2591.

²⁴ Petição 3.388-4/RR.

²⁵ ADPF 130.

Mais uma vez, BARROSO (2007, p. 400) apresenta lição que, em razão de sua profundidade, merece ser transcrita integralmente:

“O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele se condensam algumas das grandes promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, solidariedade, tolerância e – quem sabe? – até felicidade.”

O modelo constitucional adotado no Brasil, portanto, exige uma postura mais operante do Poder Judiciário. O Judiciário deve, na quadra histórica brasileira, continuar a desempenhar o papel, inclusive e especialmente o STF, da maneira que vem fazendo, que é promovendo os direitos fundamentais, resguardando as regras do jogo democrático, mas sempre com uma autocontenção onde exista escolhas políticas legítimas por parte do Legislativo e onde exista um e onde exista um exercício razoável de discricionariedade por parte do Administrador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Livia de Paiva Ziti. **O papel do Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social**. IN

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da Ciência**. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. nº 17. Janeiro/Febrero/Março de 2009.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. *Revista de Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 15, jan/mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 58:129-73, 2007.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 15 fev 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. *Revista Panóptica*. Ano 1. Nº 6.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **“Judicialização da política” e governabilidade democrática no âmbito do poder local**. Dissertação de Mestrado. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

PRADO, Alessandro Martins. **Neoconstitucionalismo e Direito Processual Coletivo Comum: a consolidação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão no estado democrático de direito por meio do uso da ação civil pública**. *Dissertação de Mestrado*. Araçatuba: Centro Universitário Toledo – UNITOLEDO, 2009.

RADAELLI, Samuel Mânica. **Teoria constitucional do direito: o Neoconstitucionalismo e a ordem jurídica contemporânea**. IN *Revista Direitos Culturais* v.3, n.5, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades, IN LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VALE, André Rufino. **Aspetos do Neoconstitucionalismo**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, jan/jun. 2007.

VIGO, Rodolfo Luis. **Constitucionalização e Neoconstitucionalismo**: alguns riscos e algumas prevenções. IN *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Vol. 3 N.1. Março de 2008.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. **A judicialização das relações sociais e políticas**: uma análise a partir do pensamento de Hannah Arendt. Dissertação de Mestrado. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, 2007.