



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Processo de Judicialização do Direito: Retrospectiva e Prospectiva.

Silvia Diniz do Nascimento

Rio de Janeiro
2010

SILVIA DINIZ DO NASCIMENTO

O Processo de Judicialização do Direito: Retrospectiva e Prospectiva

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO: RETROSPECTIVA E PROSPECTIVA

Silvia Diniz do Nascimento

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo: o controle judicial da Administração Pública apresenta-se como um instrumento para efetivar Direitos Fundamentais e manter o pacto federativo que estrutura o Estado Democrático de Direito na República Federativa do Brasil. Grandes questões nacionais têm sido decididas pelo Judiciário, questões dignas de aplauso e crítica em razão do seu alcance político, uma vez que implementam políticas públicas determinando as escolhas da sociedade. Examinar-se-á a jurisprudência recente dos tribunais, notadamente da Corte Suprema, guardiã da Carta Política. Perquirir-se-á qual o alcance da função judicial no tripé das funções do Estado, ao representar o poder do povo.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial, Efetividade dos Direitos Fundamentais, Harmonia e Independência dos Poderes, Federalismo Democrático.

Sumário: Introdução. 1. Retrospectiva do Estado Constitucional Principiológico. 1.1. As Teorias do Direito e a Constituição 1.2. Neoconstitucionalismo e as Gerações dos Direitos Fundamentais. 1.3. Novos Postulados de Interpretação Constitucional. 2. O Ativismo Judicial e a Judicialização da Política e das Relações Sociais. 2.1. Conceitos. 2.2. Doutrina das Questões Políticas *versus* Doutrina da Efetividade. 2.3. A Expansão do Papel do Judiciário. 2.4. Limites à Atuação Positiva do Poder Judiciário? 3. *Leading Cases*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho fará uma retrospectiva e uma prospectiva sobre o fenômeno de Judicialização do Direito expoente no exercício da função jurisdicional do Estado

Democrático de Direito brasileiro.

Analisar-se-á a divisão funcional de poder, o diálogo entre as tríplexes funções, em especial a atividade jurisdicional, exercida, notadamente, pelo guardião da Constituição, o STF.

Questionar-se-á a legitimidade da postura ativa esposada pela Suprema Corte para efetivar Direitos Fundamentais, que inevitavelmente se irradia por toda a magistratura. Para tanto, diversos instrumentos utilizados pelas Cortes Constitucionais serão estudados, para responder às indagações: pode o intérprete caminhar para além do texto que o vincula? Onde termina a legítima interpretação do texto e passa ele a ser subvertido? As escolhas do Judiciário têm potencialidade lesiva ao princípio da separação dos poderes?

Nesse desiderato, remontará aos fatos históricos inerentes ao processo de Judicialização do Direito, explanar-se-á que a expansão das tarefas do Judiciário decorreu de uma mutação na visão do papel do Estado, pois não mais bastava a ele se abster perante os Direitos Individuais deveria efetivá-los, de forma objetiva e subjetiva.

O Presente estudo analisará a ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional com a mudança da postura do STF em diversos *leading cases* sobre o tema, para concluir, com apoio na doutrina, que a postura ativa do poder judiciário vai ao encontro dos ditames constitucionais de efetividade e da inafastabilidade de seu acesso.

Objetiva demonstrar que a postura razoavelmente ativa do judiciário é legítima, na medida em que há na constituição um catálogo de Direitos associados à jurisdição constitucional, sob o exercício da magistratura, com as garantias institucionais que lhes são inerentes, cujo fito é garantir a continuidade do consenso político inicial através de uma leitura atual da ordem democrática oriunda de 1988, que vem se desenhando ao longo de mais de 20 anos.

1. RETROSPECTIVA DO ESTADO CONSTITUCIONAL PRINCIPIOLÓGICO

Antes de abordar o tema da Judicialização do Direito, *mister* se faz apontar seus pressupostos jusfilosóficos com breve retrospectiva do atual Estado Constitucional Principiológico.

1.1. AS TEORIAS DO DIREITO E A CONSTITUIÇÃO

Formalmente, a Constituição é a positivação da norma fundamental hipotética que reúne os valores da sociedade, até então representados pela Constituição abstrata ou teórica, inserta na consciência do povo. Com as normas jurídicas prescritivas, os valores da sociedade são positivados, em caráter supremo. A Constituição traça, assim, o padrão jurídico fundamental que deve ter o máximo de eficácia, impondo-se ao Estado, governantes e governado.

A Constituição substancialmente autêntica, além de reconhecer e proteger expressamente esferas de autodeterminação individual (direitos e liberdades), diferencia as diversas funções estatais atribuindo-as a diferentes órgãos num mecanismo de cooperação entre os detentores de poder como forma de simultânea distribuição e limitação de seu exercício, para evitar a concentração nas mãos de um só. Para tanto, deve haver um mecanismo de freios e contrapesos inibidor de sobreposição entre os detentores do poder, que acarrete o bloqueio do exercício de uma das parcelas autônomas. Necessário também um mecanismo de adaptação pacífica da ordem fundamental às mutações sociais e políticas,

evitando que a ilegalidade, a força ou a revolução tomem esse papel.

A Constituição possui, portanto, diversas funções. A função unificadora, pois no sistema do ordenamento jurídico, o processo de produção do Direito é deflagrado a partir da Constituição. A função de garantia, pois o grau de rigidez constitucional é garante da estabilidade das relações em sociedade. A função de identificação das finalidades do Estado visando à manutenção do fim essencial perante instituições individuais ou orientações particulares.

Foi após as revoluções burguesas que o Estado Democrático de Direito pôde se erguer, abrindo espaço ao constitucionalismo com a adoção ampla da separação dos poderes e proteção dos Direitos Individuais pelos Estados, o que permitiu a chegada ao Neoconstitucionalismo, a Teoria do Direito moderno.

O Jusnaturalismo foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. O Jusnaturalismo, com a explicação natural do Direito, cuja teoria dos princípios, era caracterizada por critérios metajurídicos, quiçá metafísicos, foi ultrapassado pelo Positivismo Jurídico, na busca pela objetividade científica.

Três fases interpretativas da norma jurídica se delinearam no Positivismo, chegando ao Pós-positivismo, marco filosófico do novo Direito Constitucional.

Primeiramente, a jurisprudência dos conceitos, segundo a qual a interpretação da norma devia ser mecanicista ou determinista, ausente a subjetividade do intérprete: a lei prevê todas as situações fáticas, o ordenamento é coeso e completo de tal maneira que conflitos entre normas, aparentes, eram resolvidos pelos critérios da hierarquia, especialidade e cronológico; excepcionalmente, admitia-se a atividade supletiva, integrativa pelo juiz, quando ausente a norma. O juiz era a “boca da lei”, na conceituação de Montesquieu (2002), seres inanimados, que aplicavam o Direito de modo cego, automático, carente de criatividade, aderindo à vontade suprema da legislação. Atribuiu-se aos homens a produção jurídica, a lei

representava a vontade de todos, era monopólio estatal, as normas expressas e codificações tornaram jurídico o que era metafísico. Os códigos, nessa fase inicial do positivismo, faziam o papel centralizador que hoje é desempenhado pelas constituições e o parlamento era tido como o fiel representante do povo, o melhor garantidor dos Direitos Fundamentais.

Posteriormente, veio uma nova fase chamada jurisprudência dos valores, marcada pela interpretação teleológica, apegada à realidade fática e econômica, fase de transição rumo a mais moderna, jurisprudência dos interesses, ponderativa.

1.2. NEOCONSTITUCIONALISMO E AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A moderna Teoria do Direito, o Neoconstitucionalismo, conforme Moreira (2008a), é fruto do movimento de idéias jurídicas capitaneado por Ronald Dworkin (1986) e Robert Alexy (2008), que teve origem na teoria da supremacia do Direito Constitucional, o constitucionalismo democrático é a ideologia do mundo contemporâneo, caracterizado pela democratização do Direito por meio da argumentação jurídica. O prefixo *neo* demonstra o novo constitucionalismo, que alterou o paradigma do Direito, ao superar o Jusnaturalismo e o Positivismo.

O marco histórico do novo Direito Constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional em 1951, cuja fecunda produção teórica e jurisprudencial contribuiu para a ascensão científica do Direito Constitucional. A Constituição Italiana e a criação da Corte Constitucional, em 1956, também são referências desse desenvolvimento; em seguida, Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978,

também passam pelo processo de reconstitucionalização que tomou a Europa.

A maneira de pensar o Direito contemporâneo supera o embate Jusnaturalista Positivista, toma a constituição como ponto central. A partir do mandado de otimização de Alexy (2008) o Neoconstitucionalismo é a Teoria do Direito preocupada com a garantia material das normas constitucionais, da melhor maneira possível.

Para Moreira (2008a), se antes as normas ditavam o que fazer, hoje os princípios indicam o que pode ser feito, uma vez que a estrutura do Neoconstitucionalismo é construtiva, racional-ponderadora e argumentativa, transforma o que não deve ser, corrigindo o que é aperfeiçoável.

Os suportes elementares para a vida, a liberdade e a dignidade humana, os Direitos Fundamentais, quando originalmente concebidos na Pós-Revolução Francesa, buscavam apenas refrear a ingerência do Estado sobre os cidadãos, preservando a esfera de Direitos privados, tinham natureza de normas de competência negativa para os poderes públicos, Direitos assegurados aos administrados em contraposição a obrigações de abstenção do Estado. A concepção da relação era vertical, o Estado era tido por força coatora, abusiva sobre os indivíduos, assim, como Direitos Fundamentais negativos, não havia demanda por prestação do Estado, senão a de não fazer algo em relação aos indivíduos - são os Direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão.

Em seguida, o avanço social exigiu que os cidadãos passassem a receber do Estado não só a abstenção sobre sua esfera de interesses, como também 'atividades', deveres prestacionais do Estado que busca produzir o bem-estar social. Essa configuração de Direitos Fundamentais prestacionais, deveres positivos do Estado, foi a segunda geração de Direitos Fundamentais, também nesta concepção vertical das relações.

Atualmente, os Direitos Fundamentais de terceira dimensão, os difusos e coletivos, de caráter transindividual e indivisível, marcam o mundo globalizado. Há a coexistência das

dimensões dos Direitos Fundamentais classicamente incidentes sobre a relação vertical entre Estado e cidadãos, uma vez que se complementam, e há, também, a ‘eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais’.

Como visto, fatos históricos inerentes ao processo de evolução da Constituição, desde aquela proclamadora de políticas, até a que foi erigida como lei fundamental, invertendo-se o pólo entre as leis dos parlamentos e a constituição, com a queda do positivismo jurídico, expandiram as tarefas da Constituição; tal fato decorreu da mutação na visão do papel do Estado, pois não mais bastava a ele se abster perante os Direitos Individuais, deveria efetivá-los, de forma objetiva e subjetiva.

1.3. NOVOS POSTULADOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O Estado Constitucional Principiológico é caracterizado por atribuir normatividade aos princípios e definir suas relações com valores e regras; reabilitar a razão prática e a argumentação jurídica; formar uma nova hermenêutica constitucional; desenvolver uma teoria dos Direitos Fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Do papel normativo dos princípios, decorrem dois fenômenos: a constitucionalização do Direito - aplicação dos princípios constitucionais em todas as searas do Direito; a filtragem constitucional - fundamento do controle de constitucionalidade, da adequação de uma norma ao preceito constitucional paradigmático, e a interpretação de diversos institutos a partir de normas constitucionais.

De acordo com a Doutrina Pós-Positivista, em razão da distinção entre regras e princípios de Dworkin (1986), os novos postulados de interpretação constitucional compõem

eventuais tensões entre os princípios, são fundamentais na interpretação de todo o sistema jurídico, por atribuir-lhe unidade.

Os princípios, gerais e abstratos, têm aplicação a um número indistinto de situações concretas. Como não há prescrição de conduta previamente estabelecida, mais casos se amoldam à hipótese de incidência da norma constitucional consagrando o princípio constitucional Justiça. As regras, menos flexíveis, possuem aplicação concreta limitada à previsão do enunciado normativo, na medida do ‘tudo ou nada’, sua objetividade, porém, promove a segurança jurídica.

Assim, os elementos clássicos de interpretação das regras gramatical, histórico, sistemático e teleológico, realizados pelo método de constatação do fato (premissa maior) e subsunção ao texto normativo (premissa menor), revelando objetivamente o que esta contido na norma, não são eficazes para compor conflitos entre princípios.

Para a integração, os critérios de solução de conflitos normativos hierárquico, cronológico e de especialidade não são aplicáveis. Não há hierarquia formal entre normas constitucionais. O critério cronológico apenas pode ser aplicado à norma decorrente de emenda e a outra originária não petrificada. A especialidade não é bastante, é comum haver igual nível de especialidade entre os princípios colidentes para determinado caso.

Os princípios constitucionais dividem-se em duas espécies, os materiais, estruturadores da ordem constitucional, de maior relevância, pois solucionam os casos concretos; os instrumentais, aparato colateral, sem conteúdo próprio, que proporcionam a aplicabilidade concreta dos princípios materiais.

Os princípios instrumentais mais relevantes são: supremacia da constituição, presunção de constitucionalidade dos atos normativos, unidade da constituição, máxima efetividade, mínimo existencial, reserva do possível, proporcionalidade e razoabilidade.

No caso de uma mesma situação concreta poder sofrer aplicação de dois ou mais

princípios, ao ponto de se colidirem, a técnica de julgamento pela ponderação de interesses é mandatória.

Há três etapas a serem vencidas na solução de um conflito por meio da ponderação: identificação dos enunciados normativos atinentes à questão - os favoráveis a um valor, e os favoráveis ao valor contrário; identificação do fato a ser solucionado; atribuição de peso aos fatos e aos valores. O que for de maior importância na casuística, prevalece como a solução.

De acordo com Ávila (2008), além destas três etapas clássicas da ponderação, a doutrina aponta três premissas para balizar a ponderação, para evitar a discricionariedade judicial e a atuação sob premissas pessoais, inerentes ao ativismo judicial, uma vez que não há norma posta balizando as escolhas à solução.

A concordância prática, a partir da aplicação simultânea dos princípios colidentes, para que se restrinja o mínimo possível o princípio que perderá valor diante dos fatos, pela aplicação do outro princípio. A proibição do excesso, ou seja, não limitar um princípio ao ponto de que seja atingido o seu núcleo essencial. A universalização, a conclusão do caso concreto deve ser passível de ser transportada adequadamente para situações análogas, evitando o casuísmo.

2. O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A Judicialização do Direito, das relações políticas e sociais, não é um fenômeno novo, contudo, tem no estado contemporâneo seu apogeu. Conforme leciona *Cappelletti* (2008), os pretores e jurisconsultos, de forma semelhante aos modernos 'juízes-criadores',

para adequar o Direito às necessidades sociais, também modernizaram e inventaram novos Direitos e remédios, obrigações e defesas, mudaram o Direito estrito, para fazê-lo mais sensível às necessidades, inspirando-se nos princípios de equidade (*aequitas*) vagos e não escritos.

Relativamente à postura ativa, como se verá, decorreu efetivamente de uma mudança de atitude, não apenas dos juízes ativos, mas em decorrência de um executivo e, principalmente, de um legislativo passivo. Barroso (2009b), ao explanar sobre o ativismo leciona que em razão de um deslocamento entre classe política e sociedade civil, com a retração do Poder Legislativo, demandas sociais não são efetivamente atendidas, se instalando nesse ponto o ativismo.

2.1. CONCEITOS

Para Barroso (2009b), a Judicialização é um fato que decorre do modelo institucional adotado, nunca do exercício deliberado de vontade política; o ativismo é uma atitude, a escolha pela interpretação proativa da Constituição, que expande o seu sentido e alcance. Como se abordará adiante, o judiciário brasileiro que hoje segue a tendência da teoria da efetividade, já abraçou a teoria das questões políticas, que reduzia a competência para o controle judicial de matérias tidas como exclusivamente políticas. Tal constatação denota que o judiciário pode ser ativo ou auto-restritivo, a depender de sua ‘atitude’.

O ativismo judicial, como atitude, decorre da vontade política do judiciário de expandir sua competência, atribuindo a si o poder de declarar uma lei inconstitucional, na celebre decisão do *justice* Marshall que será adiante abordada. A Judicialização do Direito,

decorre da própria estrutura do terceiro ramo das funções do poder, ou seja, da garantia e do Direito Fundamental à inafastabilidade de seu acesso, caracterizado pela necessária reação frente à provocação de um terceiro, com a entrega da prestação jurisdicional que lhe é inerente, e que tem por finalidade, em última análise, revisar a decisão dos poderes políticos com base na Constituição.

Consoante Valle (2009) a cunhagem original do termo “ativismo judicial” ocorreu no artigo *The Supreme Court: 1947*, do jornalista *Arthur Schlesinger Jr.*, na revista americana *Fortune*, na qual classificou os nove juizes que compunham a Suprema Corte norte-americana como ativistas judiciais ou como campeões da autolimitação, traçando uma linha divisória entre os juizes de tendência liberal e os de tendência conservadora na atividade judicante.

Muito embora ativismo judicial expresse o compromisso com a expansão dos Direitos Individuais, não há como negar sua natureza comportamental, na medida em que na interpretação há espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão do conteúdo das normas constitucionais, ainda que dissonante da opinião jurisprudencial dominante; por tal tônica, a expressão é utilizada em perspectiva crítica, denotando a desaprovação frente a uma decisão.

Segundo Barroso (2009b), o ativismo judicial se manifesta por: aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O caráter ambíguo que acompanha o uso do termo dificulta sua conceituação. Todavia, *Keenan Kmieciak*, citado por Valle (2009), sistematizou cinco principais conceitos atuais para o termo: conduta que visa desafiar atos de constitucionalidade defensável

emanados em outros poderes; não-aplicação estratégica de precedentes; prática que permite aos juízes legislar ‘da sala de sessões’; afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; julgar para alcançar resultado pré-determinado.

Para alguns autores o controle judicial norte-americano foi ‘criado’ pelo *Justice Marshall*, dando origem à atitude ativista – o que é controvertido, pois outros viam tal possibilidade implicitamente prevista na Constituição americana, do teor dos artigos III, sessão II, nº 1º e VI, nº 2º. Cite-se, por todos, *Zimmermann* (2005, p. 109): “Muitos ainda acreditam que a Constituição de 1787 efetivamente não conferiu tal competência ao Poder Judiciário, mas que ele apenas resolveu por iniciativa própria tomá-lo para si”.

Inegável, porém, é que criado ou explicitado, a assunção de tal poder modificou profundamente sua competência e possibilitou que o ‘terceiro ramo’ se tornasse o gigante dos ramos na modernidade.

Seu marco histórico decorre do primeiro precedente sobre controle de constitucionalidade, fulcrado na supremacia da constituição. No celebre caso *Marbury versus Madison*, (1803), o *Chief Justice John Marshall* difundiu a tese, já defendida por *Alexander Hamilton e James Madison*, no *Federalista* n. 78, permitindo que qualquer juiz ou tribunal não aplicasse uma norma a um caso concreto caso reconhecesse sua inconstitucionalidade.

Os Artigos Federalistas, cartas escritas entre outubro de 1787 e maio de 1788 para os jornais de *Nova York*, produzidas por Alexander Hamilton de Nova York, 32 anos, e James Madison, da Virgínia, 36 anos, cuja proposta era persuadir a convenção de *Nova York* a ratificar a recém-redigida Constituição, sob o pseudônimo comum de *Publius*, explicavam e defendiam a Constituição.

Segundo *Hamilton*, citado em *Cappelletti* (2008, p. 40), “quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para

a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la”. Nas palavras de *Marshall*, citado por *Zimmerman* (2005, p. 116) o serviço ou objetivo de um judiciário é executar leis de maneira pacífica e ordenada, sem derramamento de sangue, assim, questionava “Para que ponto se voltarão os senhores em busca de proteção contra uma infração da Constituição, se não derem poder ao Judiciário? Não existe outro órgão que possa propiciar tal proteção”.

Segundo Luís Roberto Barroso (2009b), *Marshall* enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia da constituição; a nulidade da lei que contrarie a Constituição; a caracterização do Judiciário como o intérprete final da Constituição. Essa última premissa, fundamentou a postura ativa da suprema corte norte-americana que deu origem ao *judicial review*.

2.2. DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS VERSUS DOUTRINA DA EFETIVIDADE

Além da decisão de *Marshall* ter registrado a doutrina do controle judicial de constitucionalidade das leis (*judicial review of the constitutionality of legislation*) simultaneamente registrou a doutrina das questões políticas, na medida em que estabeleceu o campo da política como limite ao controle judicial, partindo da idéia de que a constituição norte-americana atribuiu ao executivo atribuições políticas discricionárias não sujeitas ao controle judicial, diferenciando os interesses da nação, insindicáveis, dos interesses individuais, cuja garantia encontra-se vinculada ao judiciário, delimitando a separação de poderes. Nas palavras de Teixeira (2005, p. 25 e 230), eis a síntese da teoria: “toda decisão política tem seu limite nos Direitos Individuais garantidos constitucionalmente; somente

decisões exclusivamente políticas, nas quais esses Direitos não tenham sofrido alguma espécie de violação, põem-se fora do alcance do poder dos juízes”.

No Brasil, o primeiro caso político submetido ao Supremo Tribunal Federal foi o HC n. 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1892, cujos pacientes eram 46 cidadãos, entre civis, senadores, deputados federais, marechais, coronéis e militares de menor patente. O contexto político: Deodoro da Fonseca renuncia ao seu mandato, assumindo a presidência o então vice-presidente Floriano Peixoto, que busca manter-se no poder, sem observar o disposto no artigo 42 da Constituição de 1891, ou seja, a necessidade de convocação de novas eleições presidenciais, aplicando o disposto no art. 1º, § 2º, das Disposições transitórias da carta política, para sustentar sua tese. Embora houvesse o apoio do Congresso Nacional, a posição foi amplamente combatida pela Imprensa, que em 6 de abril de 1892 publica o Manifesto dos 13 Generais.

Em retaliação, o Decreto 791 de 10 de abril de 1892, declara estado de sítio no DF, com suspensão das garantias constitucionais por 72 horas, lapso temporal no qual foram realizadas as citadas prisões, tidas por Rui Barbosa como ilegais e inconstitucionais, segundo Texeira (2005) suas teses: o estado de sitio não havia observado as condições essenciais de constitucionalidade; o STF era competente para conhecer dessa inconstitucionalidade; direito a julgamento segundo as formas usuais do processo dos presos políticos, finalizado o Estado de sítio.

Para o jurista da Primeira República, com base no princípio da supremacia da Constituição, o STF possuía competência, com fulcro no art. 59, II e 60, *a* da Constituição de 1891, para declarar a nulidade de ato da legislatura contrário à Constituição, sem que tal possibilidade significasse superioridade do poder Judiciário perante os demais poderes, uma vez que a constituição de 1891 conferiu soberania interpretativa ao judiciário tanto contra violações legislativas, como contra atos do Executivo, ambos subordinados à jurisdição

verificadora.

Para consubstanciar seu pensamento, aludiu à Exposição de Motivos do Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, de Campos Salles, segundo a qual a magistratura do regime republicano não era um instrumento cego, mas engenhoso mecanismo de controle do arbítrio soberano do executivo e da ilimitada vontade absoluta das assembléias, na veste atual do liberalismo. A interpretação das leis, assim, envolve necessariamente a verificação de sua conformidade com a Constituição, declarando-as nulas e sem efeito, uma vez contrárias: é missão incumbida ao poder judiciário.

Mas, segundo Lêda *Boechat*, citada por Teixeira (2005, p. 70) registros históricos testemunham que o Tribunal chegou a ser ameaçado por Floriano Peixoto nos seguintes termos: “se os juízes do Tribunal concederem *habeas corpus* aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o *habeas corpus* de que, por sua vez, necessitarão”.

Relativamente à abrangência da competência do STF, em sua explanação durante a sustentação oral perante o Tribunal, Rui Barbosa criticou a tese governista de que ali era o domínio da apreciação política; e que neste domínio não tinha ingresso a justiça. Perguntando-se “qual é a formula constitucional que abriu essa valo, que ergueu essa trincheira aos abusos da força política contra o direito privado e a ordem geral das instituições republicanas?”, a seguir respondia que a regularidade das instituições e a inviolabilidade dos direitos particulares haviam sido entregues ao judiciário em custódia, em depósito, e que tudo que atentasse contra, tocava ao poder do Judiciário, uma vez definida perante o Supremo, em forma de questão judicial. Para o ilustre jurista conforme Teixeira (2008), é pelos abusos políticos que os direitos individuais costumam perecer, sendo o papel do Judiciário recusar obediência aos atos de Governo ou deliberações do Congresso que contrariem à Carta Federal.

Entretanto, o Tribunal não acolhe a tese. Apenas um dos votos sustentou a

competência do STF para julgar as medidas de detenção e desterro, encampando a tese de Rui Barbosa de que as medidas repressivas deveriam cessar assim que cessada sua causa determinante, em razão do texto constitucional do artigo 80 prever que a suspensão das garantias ocorreria por tempo determinado; cabível, portanto o *habeas corpus*.

Explicando a decisão do Tribunal, para Teixeira (2005, p 75/76), “o Supremo Tribunal Federal não admitiu que não tinha forças nem condições de enfrentar o poder arbitrário do Executivo de então, optando pelo recurso ao subterfúgio de que não era possível separar os direitos individuais da questão política”. Ao concluir seu estudo, o autor entendeu que a doutrina das questões políticas serve ao controle judicial de constitucionalidade, como válvula de escape do sistema, como uma técnica de autocontenção (*self-restraint*), o juiz qualifica uma questão como política e se abstém de julgá-la, renunciando ao exercício da jurisdição.

Assim, a aplicação da doutrina das questões políticas ora revela manifesta falta de independência do Judiciário, ora renúncia ao poder jurisdicional, para evitar o enfrentamento com os demais poderes, como pode ser observado no julgamento do HC 300 pelo STF.

Hoje, prevalece a idéia de que ao judiciário incumbe apreciar causas que envolvam normas conflitantes com a constituição, ainda que de conteúdo político, jamais significando uma intromissão nas funções reservadas aos outros poderes, mas o cumprimento da função constitucional, que em última análise é a de zelar pela manutenção do equilíbrio entre os poderes.

Nesse sentido, afirma Teixeira (2005, p. 229), seguindo autores como Pontes de Miranda e Francisco Campos “Assim, ainda que uma questão tenha conteúdo político, desde que apresentada ao Judiciário na forma de uma questão que deva ser decidida em contraste com o texto constitucional, torna-se uma questão jurídica”. Por conseguinte, sendo o Supremo, juiz das suas atribuições e das atribuições dos demais Poderes estará habilitado a se

pronunciar sobre tal questão, ainda que tenha cunho político, desde que praticado no exercício de uma competência constitucional.

O judiciário vem sendo usado crescentemente como um *venue* importante para a contestação das políticas públicas (*venue-seeking*) pelos grupos de interesse e pela oposição. O Judiciário tem sido acionado constantemente, tanto com base na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, para deliberar sobre políticas públicas contenciosas.

Outrossim, tais decisões ‘ativistas’ são criticadas por serem contra-majoritárias (*demos-constraining*). No entanto, no contexto da Judicialização, o juiz age em nome de vontade política preexistente, a que está na Constituição ou na lei. Essas representam o consenso entre a maioria e a minoria, não havendo ilegitimidade na interpretação que penda ora em favor de uma ou de outra, pois a tirania da maioria ainda que sustente a democracia pode ao final derrubá-la, como já salientou *Tocqueville*, conforme Teixeira (2005). Assim, é necessário um forte sistema de freios e contrapesos.

Todavia, não se quer negar que, num Estado Democrático de Direito, o ideal é que o legislativo seja um poder atuante, e que caiba a ele, *a priori*, a função legiferante, assim, como deve caber a este e ao executivo traçar as políticas públicas. Todavia, ambos, Legislativo e Executivo, devem cumprir fielmente a constituição; não o fazendo, cabe ao Judiciário, como poder neutral, reequilibrar as instâncias majoritárias estancando a crise de inefetividade, ainda que para tanto deva atuar ativamente para manter-se fiel ao seu papel de guardião da constituição.

E essa atuação não macula, usurpa a separação dos poderes, pois se ao judiciário é dada a interpretação final da constituição, há um caráter discricionário que é impassível de controle.

2.3. A EXPANSÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO.

Segundo *Cappelletti* (2008), o aumento do crescimento do papel do Judiciário, o seu emergir como terceiro gigante decorreu do aumento do poder estatal, com o Estado legislador e administrador, como se explanará adiante.

Refletindo *Cappelletti* (2008) sobre o terceiro gigante, o mestre associa a criação jurisprudencial do Direito à orgia legiferane ou poluição legislativa como foi denominado, segundo o autor (2008) por autores como *Gilmore* e *Calabresi*, o fenômeno de proliferação de leis sem precedente na história ocorrido no século XX, inevitável a uma complexa sociedade (pós) industrial. Acompanhado ao gigantismo legiferante, veio o da administração e da burocracia, com aumento do poder-dever de intervenção da Administração pública do Estado moderno – sucessor do Estado liberal não intervencionista – caminhando do Estado legislativo para o Estado administrativo, burocrata. O autor cita algumas razões para a paradoxal relação entre o crescimento da criação jurisprudencial em razão e proporcional ao que chamou de acrescido ‘ativismo’ legislativo e administrativo.

Em primeiro lugar a própria natureza da legislação social ou de *welfare*, pois o Estado assistencial, *État providence*, deixou a simples função de *gendarme notturno* ou *night watchman* (guarda-noturno), para o *stato benessere* (Estado do bem-estar), *stato promozionale* (Estado promocional), com a garantia de direitos, tipos mínimos essenciais, tais como renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade. Para o autor este tipo de normativismo social ao traçar as linhas gerais, modelar fins e princípios, deixa aos juízes um papel criativo, ativo, na determinação e concretização dos direitos sociais delineados pelo legislador para o futuro.

Segundo argumento é a necessidade de que a *Big Bureaucracy* do *Big Government*

sejam controlados pelo contrapeso dos ramos políticos, o terceiro ramo. Para o autor o poder dos juízes deve expandir-se com a mesma medida que se expandem os outros poderes, emergindo o judiciário como o terceiro gigante, assim resumida sua função pelo autor: além de solucionar lides, substancialmente, entre os particulares, tem o poder-dever de controlar Parlamentos e Administrações Públicas, para que não restem sem freios, conforme ensinamentos de *Cappelletti* (2008).

Terceiro argumento é a necessidade de concretização dos Direitos Fundamentais (*Konkretisierung der Grundrechte*), em razão dos termos e valores imprecisos, vagos dos Catálogos dos Direitos Humanos: dignidade da pessoa, liberdade de pensamento, igualdade de tratamento, direito de defesa etc., pois que não mais considerado apenas como documento filosófico ou político, mas jurídico, na medida em que vinculado seu conteúdo como *lex superior* (lei superior) de observância pelo legislativo, cuja garantia foi confiada ao judiciário; Cita a mais trágica experiência do século XX, quando representantes do povo perpetraram as mais infames violações dos Direitos Humanos, como catalisador da imposição dos *Bills of Rights* ao legislador. Para o autor, a Constituição de uma sociedade mutante que almeja adaptar-se deve ser constantemente (re) interpretada.

Por fim, assevera o autor (2008) que qualquer atividade de interpretação e atuação do Direito é inevitavelmente criativa, pois a par do fenômeno abordado, a função jurisdicional foi e sempre será criadora. Para *Cappelletti* (2008), nas palavras de *Calamandrei*, os juízes também são homens, ou seja, o Direito não se revela misticamente aos juízes, é por eles decidido, não são apenas “as bocas” que falam o Direito, mas que o recria em razão da realidade social. Para *Cappelletti* (2008, p. 15) os juízes “homens e mulheres que devem, na grande maioria dos casos, prolatar suas decisões, não por si *self-evident*; devem fazê-lo com base em opções mais ou menos difíceis, onde sempre incide, também, um mínimo de discricionariedade, ou seja, de liberdade”.

2.4. LIMITES À ATUAÇÃO POSITIVA DO PODER JUDICIÁRIO?

Contribuiu ainda *Cappelletti* (2008) para o tema explanando sobre o ‘modo’, os ‘limites’ e a ‘aceitabilidade’ da criação do Direito por obra das Cortes.

Relativamente ao ‘modo’, questiona se a jurisdição é uma forma de legislação, na medida em que a interpretação jurisprudencial é inevitavelmente criativa, logo como os juízes participam da criação do Direito, seriam legisladores; responde negativamente à indagação.

Embora afirme que no sistema da *civil law* a atividade legislativa seja o principal modo de criação do Direito, não o considera o único. Distingue a atividade legislativa da judicante, não pela possibilidade da criatividade em si, mas pela diversidade no plano procedimental ou formal de sua atuação: a corte atua em regime de soberania vinculada, a função judiciária esta conexa ao *cases and controversies*. Ou seja, a jurisdição é inerte, passiva, *nemo iudex sine actore*, é imparcial, o juiz é o *tertius super partes*, sua decisão resta vinculada ao pedido das partes, *ne eat iudex ultra petita a partibus*, com observância do contraditório, *audiatur et altera pars*, tudo reproduzindo num processo justo ou *fair hearing*.

Quanto aos limites, sustenta o *Cappelletti* (2008), no sentido observado por *Lon Fuller* que perante as chamadas ‘tarefas policêntricas’, ou seja, quando a resolução de problemas sociais, econômicos ou políticos torna-se complexa, a ausência de recursos insetos aos parlamentos, para pesquisa, investigação sobre o temário posto ao julgamento, é um limite, por requerer conhecimento ou experiências especializadas. Argumenta que tal limitação tem sido mitigada com a utilização pelas Cortes de recursos como o auxílio dos peritos e intervenção de terceiros, *amicus curiae brief*, os *experts* leigos, e a especialização dos tribunais divididos em seções. Nas palavras de *Cappelletti* (2008, p. 20) “um bom juiz, assim, consciente dos limites, mas também da potencialidade da sua função, será sensível às

circunstancias que lhe permitam conciliar um prudente *restraint* em certos casos, com um corajoso ativismo noutros casos”.

Quanto à aceitabilidade, alude a mais grave e para o autor superficial objeção à criação judicial do Direito, seu fator antidemocrático, antimajoritário, por carecer de legitimidade democrática e justamente controlar a validade do Direito Legislativo das maiorias parlamentares, fruto do consenso das eleições populares, tornando-se, assim, obstáculo à vontade da população. Ao sustentar que o judiciário não é pior do que os outros atores, refuta tal afirmação, na medida em que certas normas têm sua ‘democraticidade’ questionadas, em razão da hierarquia, alianças, subserviências e reagrupamentos políticos, compromissos impregnados de táticas e estratégias dos partidos, inerente ao poder legislativo.

Assevera que a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais enseja uma maior responsabilidade da que é imposta aos demais poderes. Acrescenta que a acessibilidade das cortes aos cidadãos é uma virtude que nem sempre é inerente aos outros órgãos governamentais, sendo um simples ato de citação a chave para abrir a porta de um tribunal. Ademais, muito bem define *Cappelletti* (2008, p.21-23) uma das virtudes do judiciário “aquela de saber frustrar o ramo político quando este, por estar muito ligado ao sentimento majoritário, atropela certos direitos fundamentais dos indivíduos ou das minorias”.

Esse é o sentido da ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional com a mudança da postura do STF em diversos *leading cases* sobre o tema, fenômeno denominado ativismo judicial no ordenamento pátrio é instrumento de efetividade nos exatos termos que proclama nossa Constituição Republicana ao prever a inafastabilidade do poder judiciário. Já a Judicialização do Direito é resultado da ‘delegação’ de poderes executada pelos demais poderes estatais traçando uma nova separação de poderes.

A despeito da legitimidade de tal delegação, as normas constitucionais de densidade baixa necessitam ser concretizadas, e o serão, inevitavelmente, através de uma atividade

interpretativa mais liberal, enquanto nas palavras de Valle (2009, p. 31) “condutas delitivas emergirem dos demais âmbitos institucionais, das quais se pode concluir o estrondoso fracasso dos mecanismos preventivos dos desvios ou patologias de funcionamento das estruturas formais de poder”.

3. LEADING CASES.

Se de um lado não se pode negar que no sistema brasileiro, de origem romano-germânica, a lei ainda subsiste como fonte primeira do Direito; de outro inegável é sua aproximação com o sistema da *Common Law* pela valorização dos precedentes. Vive-se na era, segundo Garapon (1999), do *Judge Made Law*. Era em que não só a lei, com seu sistema fechado no qual, em tese, toda teoria encontra uma solução lógica, constitui o Direito, uma vez que os juízes não mais são tidos como simples porta-vozes, indicadores das normas, mas, intérpretes últimos da Constituição, permeada de normas-regras e normas-princípios, estes últimos caracterizados pelo seu conteúdo aberto.

A jurisprudência pátria tem produzido os paradigmas de atuação. Embora não sejam aplicados a imagem e semelhança da regra dos precedentes da *Common Law*, pela qual uma decisão deve se repetir em todos os casos de espécies similares por todas as jurisdições, diversos instrumentos processuais foram criados pelo legislador brasileiro possibilitando a utilização dos precedentes ora com a força vinculante semelhante a do sistema da *Common Law*, pela elaboração de súmulas vinculantes pelo tribunal constitucional brasileiro; ora como impedimento ao prolongamento do direito de ação e do processo, ao acesso à segunda instância, com a utilização pelos juízes das denominadas súmulas impeditivas de recursos, de

utilização “discrecionária”, pela livre convicção, na medida em que a súmula nesse caso é persuasiva e não vinculativa. Daí dizer-se, nos termos acima, que o sistema tem-se aproximado do sistema da *Common Law*.

Essa nova postura filosófica tornou-se possível no ordenamento jurídico quando houve a redemocratização do país, com a promulgação da Constituição de 1988, que permitiu, ao caracterizar-se como uma constituição analítica, o constitucionalismo abrangente; e também em razão do federalismo democrático que compõe o estado Brasileiro, cuja funcionalidade decorre do controle híbrido ou eclético de constitucionalidade, pelo qual quase todas as questões políticas ou moralmente relevantes podem ser judicializadas, chamadas ao crivo do poder judiciário.

Como disse *Cappelletti* (2008, p. 15) “nenhuma lei, nem mesmo a mais técnica e detalhada, é tal que não deixa algum espaço para variações e ‘nuances’ que possam excluir um mínimo de criatividade ao intérprete”, uma vez que a ambiguidade é inerente à linguagem e às complexas relações humanas.

Citam-se a seguir alguns *leading cases* que, na esteira de todo o processo de judicialização do Direito abordado, comprovam o gigantismo do Judiciário Brasileiro, a par da vasta jurisprudência dos Tribunais do país, que ora afastaram a incidência da lei, ora supriram sua lacuna, ora impulsionaram a atividade legiferante, sobre diversas matérias.

O Direito de greve dos funcionários públicos foi reconhecido pelo STF, apesar de ausência de norma regulamentadora. A Corte muda sua jurisprudência acerca do Mandado de Injunção, antes não-concretista, após concretista-individual, para a posição concretista geral, com eficácia *erga omnes*. O Remédio constitucional cuja função é dar efetividade a direitos que carecem de regulamentação para seu regular exercício, mas que jamais foi regulamentado pelo legislativo, carecia de efetividade. O STF declarou a omissão legislativa e determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente que regula o setor privado, Lei 7.783/89,

vide MI's n. 232-1, 670, 695, 708, 712, 721.

A possibilidade de pesquisas com células-tronco, conforme prevê a lei de Biossegurança, foi reconhecida pelo STF na ADI 3519, após a realização de audiências públicas para discussão do tema, julgou improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde, o fundamento: direito à saúde e ausência de violação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

O STF reconheceu a proibição da prisão civil para o depositário infiel, conforme informativo n. 550, editando súmula vinculante n. 25 a respeito, aplicando norma supra-legal, o Pacto de S. José da Costa Rica.

A inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime carcerário para os condenados por crimes definidos como hediondos, conforme prevista pelo legislador, foi reconhecida pelo STF, no HC nº 82.959, conforme informativos n. 417 e 418, posteriormente o legislador editou a lei Lei nº 11.464/07 que na esteira do entendimento do Supremo, permitiu a progressão, há ainda a Súmula Vinculante n. 26.

A Definição territorial de Reservas Indígenas, por Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005, que homologou a Portaria 534/2005, do Ministério da Justiça, demarcou a área indígena denominada Raposa Serra do Sol. O modelo de demarcação contínua foi questionado por ação popular, ação civil pública e ações possessórias na Justiça Federal, porém, restou confirmada pelo STF, ao julgar as Reclamações n. 2.833, 3.813, que estabeleceu 19 medidas à implementação, verdadeira regulamentação.

A distribuição de medicamentos e a determinação de terapias mediante decisão

judicial foi legitimada pelo STF, na ADPF 45/DF. A corte reconheceu o alto significado do valor do Direito à Saúde, afastando os princípios da reserva do possível e da separação dos poderes como óbice a implementação de políticas públicas pelo judiciário, porque as omissões dos poderes Executivo e Legislativo são inconstitucionais, baseando-se no princípio que veda o retrocesso social e na intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’ afeto à dignidade humana, sua posição foi reafirmada no informativo 582.

A Vedação do Nepotismo foi reconhecida pelo STF, que julgou procedente o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, na ADC 12, sendo que após foi editada a súmula vinculante n. 13 que estendeu a vedação para os três poderes da República, com fulcro nos princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência, igualdade e da moralidade, todos dotados de eficácia imediata.

Ao julgar a ADPF 130, o STF declarou que é incompatível com a atual ordem constitucional a Lei de Imprensa, Lei nº 5.250/67, concebida e promulgada num longo período autoritário, o qual compreendido entre 1964 e o início do ano de 1985 e conhecido como ‘anos de chumbo’ ou ‘regime de exceção’, regime esse patentemente inconciliável com os ares da democracia resgatada e proclamada na atual Carta Magna. Ao retirar do ordenamento jurídico a referida lei, não há mais necessidade de que os profissionais de imprensa tenham formação de nível superior.

A questão da fidelidade partidária, que decorre da exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade, do modelo proporcional adotado para as eleições parlamentares e da participação do voto de legenda na eleição do candidato, levaram o STF a concluir que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito é condição *sine qua non* para a manutenção do próprio mandato. Logo, o abandono da legenda deve ensejar a extinção do mandato, vide os julgamentos seguintes: ADI 3.999, MS’s 26.602, 26.603 e 26.604.

O Uso de algemas foi limitado pelo STF, que após julgar Habeas Corpus n. 89.429 (Operação Dominó) e n. 91952, editou a súmula vinculante n. 11 sobre o tema.

A reforma constitucional do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça) foi questionada perante o STF. A corte decidiu pela constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 45/04, que criou órgão interno de fiscalização administrativa no âmbito do Poder Judiciário, o CNJ, na ADI 3.617.

O STF, na ADPF n. 153 foi chamado a decidir sobre a Lei da Anistia, Lei 6.683/1979, que perdoa todos os crimes do período da ditadura militar, decidiu pela impossibilidade ao argumento de que ao STF não incumbe legislar, e que a anistia é um ato político de clemência cuja finalidade é o esquecimento de certos fatos criminosos, os quais o Poder Público optou por não punir. Não obstante, a decisão tem sido alvo de severas críticas pela sociedade e órgãos internacionais, que a apontam como sendo *self-restraint*.

O STJ, no Resp 889.852, em julgamento histórico e paradigmático reconheceu a adoção de crianças por casal homoafetivo, ampliando por fim o conceito de família, núcleo da sociedade, tema de suma importância que vem sendo parcamente regulado pelo legislador.

CONCLUSÃO

Desde que se tornou possível ao “terceiro ramo” reinterpretar e invalidar as leis postas pelo legislador à luz da constituição, inclusive com a previsão expressa de tais poderes nas Constituições dos Estados, iniciou-se o processo de judicialização do Direito.

No estágio atual, rompe-se definitivamente com a ideia de que a produção do Direito advém dos poderes Legislativo e Executivo, os “democraticamente legitimados”. É inegável o

papel dos juízes no mundo contemporâneo, responsáveis pela concretização das expectativas constitucionais, ou nas palavras de *Dworkin* (1986, p. 214) “Os Tribunais são as capitais do império do Direito, e os juízes são seus príncipes”. Também inegável é a ocorrência da Judicialização da vida, das relações sociais, além da política.

Quando uma questão é conteúdo de norma constitucional, há potencialidade de tornar-se pretensão jurídica se formulada por meio da ação judicial cabível, seja essa questão um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público.

No Brasil, a Judicialização do Direito decorre do exercício do papel constitucional do Judiciário, do modelo constitucional adotado, segundo o qual todas as decisões que lhe são postas devem ser decididas.

Um Judiciário ativo não significa um poder que invade as prerrogativas dos demais poderes, Legislativo ou Executivo; significa justamente o exercício do poder-dever que fora imposto pelo legislador constituinte originário, ao dispor a inafastabilidade do acesso à função judicante. Com o ativismo judicial, portanto, também há Judicialização do Direito, todavia, ocorre por meio de uma postura proativa do Judiciário.

Por vezes é necessário que o intérprete da constituição expanda o sentido e alcance de normas constitucionais, seja para decidir demandas que não encontram disciplina normativa específica, por ausência de norma regulamentadora; seja pela necessidade de releitura da própria norma constitucional, para alterar seu significado informalmente, sem a alteração do texto e processo legislativo, tudo, para adequá-la ao ritmo social. Observa-se, também, que muitas vezes em decorrência das decisões judiciais, sobretudo quando há a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o judiciário acaba por ser um ativador, indutor da atividade legiferante, guiando-lhe os contornos para edição de uma lei consoante a constituição. Atribuir ao judiciário apenas o papel de legislador negativo não reflete a realidade da atual jurisdição constitucional, pois restringe por demais a função desse poder.

Ausente a norma ou sendo ela incompatível com os ditames constitucionais, o Direito, para seu exercício, necessitará ser judicializado para ser efetivado, ainda que seja pela postura ativa do juiz que, ao não encontrar norma no ordenamento, ainda assim, deve decidir a questão que lhe foi posta, pois a lacuna não poderá ser fundamento para uma inação; por conseguinte, com base nas normas constitucionais vigentes, que formam a base do ordenamento jurídico, o judiciário efetivamente cria a norma a ser aplicada provisoriamente ao caso *sub judice*, sem que tal postura usurpe a função legiferante, pois é verdadeira expressão do sistema *checks and balances*, instrumento de controle do exercício dos poderes Legislativo e Executivo.

Assim, a postura ‘razoavelmente’ ativa do judiciário é legítima, na medida em que há na Constituição um catálogo de Direitos associados à jurisdição constitucional, sob o exercício da magistratura, com as garantias institucionais que lhes são inerentes, cujo fito é garantir a continuidade do consenso político inicial através de uma leitura atual da ordem democrática oriunda de 1988 que vem se desenhando ao longo de mais de 20 anos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura (Org.). *Retrospectiva dos 20 anos de Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, RUI. *Oração perante o Supremo Tribunal Federal*. Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro, DF. Obras Completas de Rui Barbosa. v. 19, t. 3, 1892. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1758>>. Acesso em: 06.01.2010.

_____ *Discurso pronunciado no Banquete oferecido pelo Jornal do Comércio*. Rio de Janeiro, DF . Obras Completas de Rui Barbosa. V. 22, t. 1, 1895. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1108>>. Acesso em: 06.01.2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. OABEditora. Revista eletrônica. n. 4, - Jan/Fev de 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 15.01.2010.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1981.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 889.852. Relator: Min. Publicado no DOU de 10.08.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DOU de 18.12.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3519. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado DOU de 30.09.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3617. Relator: Min. Cezar Peluzo. Publicado no DOU de 09.12.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3999. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado DOU de 17.04.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 04.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Publicado no DOU de 05.11.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF. Relator: Min. Eros Grau. Publicado DOU de 06.08.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 300. Relator: Min. Costa Barradas. Publicado no DOU de 27.4.1892.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959/ SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DOU de 01.09.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91952. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DOU de 19.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 232/DF. Relator: Min. Moreira Alves. Publicado no DOU de 27.03.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670-9/ES. Relator: Min. Maurício Correia. Publicado no DOU de 31.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 695/MA. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 20.04.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DOU de 31.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712/PA. Relator: Min Eros Grau. Publicado no DOU de 31.10.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado no DOU de 30.11.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS. 26.602. Relator: Min. Publicado no DOU de 17.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS. 26.603. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 19.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS. 26.604. Relator: Min. Cármem Lúcia. Publicado no DOU de 03.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 3331/RR. Relator: Min. Carlos Brito. Publicado no DOU de 17.11.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 2833/RR. Relator: Min. Carlos Brito. Publicado no DOU de 05.08.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11. Publicado no DOU de 22.08.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 13. Publicado no DOU de 29.08.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 25. Publicado no DOU de 23.12.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 26. Publicado no DOU de 23.12.2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. V. 1. Tradução e notas Prof. Dr.

Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Método, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Mass: Harvard University Press, 1986.

EMBAIXADA AMERICANA. *O perfil do Governo dos Estados Unidos*. 2007. Disponível em: <<http://embaixadaamericana.org.br/government/index.htm>>. Acesso em: 21.12.2009.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HAMILTON. The Judiciary Department. From McLEAN'S Edition, New York. The Federalist Papers: No. 78. 2008. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp>. Acesso em: 13.01.2010.

HÄRBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARBURY V. MADISON (1803). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html>. Acesso em: 01.10.2010.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (Org.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STEIN, Leandro Konzen. *O Supremo Tribunal Federal e a Defesa dos Preceitos Constitucionais Fundamentais*. Uma História de Construção do Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.