XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

GISELA MARIA BESTER

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

MENELICK DE CARVALHO NETTO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Gisela Maria Bester, Marcus Firmino Santiago, Menelick de Carvalho Netto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-202-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho Teoria Constitucional congregou, no dia 8 de julho de 2016, na sala AT04 da Faculdade de Direito da UnB, a apresentação dos treze trabalhos nele aprovados, bem como debates subsequentes entre os e as presentes.

Os artigos apresentados e ora publicados contemplam diferentes e relevantes aspectos da teoria constitucional contemporânea. A mutação constitucional é o marco teórico de três estudos, que abordam temas como a tensão entre as mudanças interpretativas e o fortalecimento normativo constitucional; a releitura das regras sobre imunidade parlamentar feita pelo Supremo Tribunal Federal; e novamente uma análise de precedente desta Corte, na celeuma referente ao princípio da presunção de inocência e à correlata garantia constitucional do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Reflexões sobre o poder constituinte fornecem as bases para, em um momento, discutir os limites ao poder de reforma e a necessidade de equilíbrio entre reforma e conservação do texto constitucional; e, em outro, contemplar as teorias de John Rawls e de Jürgen Habermas e suas contribuições na busca pela formação de uma base consensual capaz de legitimar o constructo constitucional.

A jurisdição constitucional e o papel do Poder Judiciário são abordados sob três aspectos: uma crítica, à luz da teoria luhmaniana, à prática do STF acerca da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade; uma análise do ativismo judicial e do desequilíbrio presente nas relações institucionais; e uma defesa do sistema de controle difuso de constitucionalidade diante da especial abertura participativa que este proporciona.

Questões referentes ao modelo constitucional brasileiro são contempladas em três outros artigos: a história constitucional é revisitada, em um resgate do processo constituinte brasileiro de 1987/88, na busca dos fundamentos acerca do sistema de veto presidencial; os limites e as condições para exercício da liberdade de iniciativa previstos na Constituição Federal de 1988 são estudados à luz dos preceitos do neoconstitucionalismo; e as relações federativas restam discutidas a partir de uma perspectiva realista, em busca dos elementos e agentes reais que contribuem para o acontecer - ou a frustração - do modelo constitucional.

A realidade latino-americana não fica de fora, sendo lembrada e discutida em texto que aborda a ainda recente Constituição boliviana e a experiência do seu previsto tribunal indígena, em busca de uma melhor compreensão acerca desta instituição e de sua possível influência no sistema brasileiro.

A correlação entre Estado e crise é também abordada em um dos artigos apresentados.

Nos debates, em perspectiva crítica ao "status quo" reinante no atual cenário jurídico-político-institucional brasileiro, fez-se, em sintonia das diversas manifestações, uma reafirmação da defesa da força normativa da Constituição de 1988, em toda a sua riqueza de conteúdos que não podem ser flexibilizados, ignorados ou ultrapassados, nem mesmo pelo STF, em prejuízo do sistema de direitos e garantias instituído pelo constituinte originário.

Brasília, DF, 10 de julho de 2016.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto - PPGD UnB

Profa. Dra. Gisela Maria Bester - PPGD UNOESC

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal / PPGD Instituto Brasiliense de Direito Público

AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: PONTOS DE TENSÃO.

THE CONSTITUTIONAL CHANGES AND THE NORMATIVE FORCE: STRESS POINTS.

Vanessa de Paula Rodrigues
Camila Curti de Assis Vieira

Resumo

Sem pretender esgotar o tema, neste artigo pretendemos abordar questões que afetam a interpretação constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), culminando em mutações inconstitucionais, que alguns autores denominam de “ativismo judicial”. Para exemplificar apontaremos decisões de grande impacto social e político proferidas pelo STF, e como essas interpretações contrárias à letra e ao espírito da Constituição fragilizam a sua força normativa. Por meio do estudo de casos utilizaremos o método indutivo para concluir sobre as causas, os benefícios e os malefícios desse fenômeno para o Estado Constitucional.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Novo direito constitucional, Direitos humanos, Força normativa da constituição

Abstract/Resumen/Résumé

Without claiming to exhaust the subject, in this article we intend to address issues that affect the constitutional interpretation by the Supreme Court (STF), culminating in unconstitutional changes, which some authors call "judicial activism." As an example, we will point out major social impact and political decisions made by the Supreme Court, and how these interpretations contrary to the letter and spirit of the Constitution weaken its normative force. Through the case study will use the inductive method to complete on the causes, the benefits and harms of this phenomenon to the Constitutional State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, New constitutional law, Human rights, Normative force of the constitution

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por finalidade apresentar a constatação de como a exegese constitucional brasileira tem se dado na atualidade no âmbito do Poder Judiciário, especialmente por meio do Supremo Tribunal Federal, decidindo, por vezes, em afronta à letra de nossa Constituição Federal.

Essa "nova" exegese constitucional, decorrente de um "novo" Direito Constitucional, nas palavras de Luiz Roberto Barroso (BARROSO, 2013), tem sido objeto de estudo para os cientistas do direito, pois por meio dela, como dissemos acima, ocorrem as mutações constitucionais, matéria sobre a qual Anna Cândida da Cunha Ferraz debruça-se desde 1986, em sua obra Processos Informais de Mudança da Constituição.

Ou seja, conforme veremos ao longo do presente trabalho, o tema não é rigorosamente novo, mas tem recebido denominações próprias, como por exemplo, as trazidas por Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, à luz da Constituição Alemã, com a criação da teoria do "Sopesamento", para a solução de conflito entre normas constitucionais a que denomina de "colisão de normas constitucionais", afastando o termo conflito de normas.

Apresentaremos as razões históricas que dão lastro à nova interpretação constitucional, calcada especialmente no anseio de ampliar a aplicação dos direitos humanos fundamentais, muito em voga desde meados do século XX, marcado pela busca da afirmação dos direitos humanos fundamentais na Europa Ocidental e na América.

No Brasil, especialmente, o "novo" Direito Constitucional apresenta-se, conforme veremos à frente, como fenômeno decorrente da redemocratização do estado, com a promulgação de nossa Constituição em 1988.

No âmbito nacional, alguns fatores contribuíram e contribuem para que a hermenêutica constitucional tenha se modificado ao ponto de propiciar a alteração do texto constitucional, sobre os quais nos debruçaremos a seguir: (a) a demanda pela concretização dos direitos fundamentais; (b) a omissão do Poder Legislativo; e (c) a crescente judicialização dos conflitos sociais.

A grande questão do presente trabalho versa sobre a necessidade de uma reflexão sobre a atuação do Poder Judiciário nacional, que vem se utilizando de mecanismos hermenêuticos para alterar a letra a Constituição, fragilizando a sua força normativa e, consequentemente, as instituições e o próprio Estado de Direito. Atuação esta que tem recebido o rótulo de "ativismo judicial".

1.O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL: Contexto histórico

Primeiramente, insta trazer à baila as lições da Profa. Anna Candida da Cunha Ferraz, acerca das origens do constitucionalismo, enquanto um movimento de afirmação dos direitos humanos por meio de sua positivação:

> O constitucionalismo, movimento eclodido no século XVIII, tinha como ideia mestra a limitação do poder para assegurar os direitos do homem. Dentre os instrumentos identificados como aptos à concretização deste ideal estavam a Constituição escrita, a separação dos poderes e as Declarações de Direitos.
> Assim, após mais de um milênio de guerras, lutas, conquistas, retrocessos e vitórias do pensamento político, filosófico e religioso, os direitos da pessoa lograram assentar-se via afirmação jurídica em normas sediadas no topo da pirâmide jurídica dos estados: as constituições escritas, documento básico de reconhecimento dos direitos fundamentais.
> [...]
> Somente no início do século XX, particularmente após as guerras mundiais, a revolução industrial e outros fatores vão as constituições abrigar não apenas as liberdades públicas ou os direitos negativos, já então despidos de sua conotação ideológica originária, também os direitos à prestações positivas do Estado – os chamados direitos econômicos, sociais e culturais reunidos usualmente pela doutrina como "direitos sociais", que instrumentalizam o exercício dos direitos individuais e que demanda do Estado não apenas o reconhecimento, mas também a atuação positiva do estado na elaboração de políticas públicas, criação de mecanismos e tomada de medidas efetivas para disponibilizar o exercício de direitos a todos os seres humanos. (FERRAZ, 2006, pp. 115-116 e 119)

Note-se que o novo Direito Constitucional, portanto, coincide com a (re)democratização no período do pós-Segunda Guerra Mundial, marcada pela constitucionalização do Direito, cujos exemplos citamos abaixo:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. (BARROSO, 2013)

Em suma, as constituições dos estados ocidentais elaboradas no século passado tiveram como característica comum a buscar por maior concretude aos direitos fundamentais, cuja definição, para fins do presente trabalho, ficamos com a lição de José Afonso da Silva:

> *Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA J. A., 2006)

Certamente há alguma variação entre as constituições ocidentais promulgadas no Pós-Segunda Guerra Mundial, mas certamente que, quanto aos direitos fundamentais encontraremos muitas coincidências, pois levaram em conta textos de organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, especialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU).

Viu-se que, no âmbito internacional, a mera declaração de direitos já não era suficiente para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, mesmo em países ocidentais, daí a urgente necessidade de positivação não apenas no âmbito internacional, mas no plano interno dos Estados.

Importante destacar que os direitos fundamentais já existiam, mas não ocupavam o vértice da pirâmide jurídica dos estados[1], com a força normativa imprescindível para a respectiva concretude e proteção.

Afinal, não bastava dizer que havia direitos fundamentais, fora necessário elevá-los ao status constitucional, dar-lhes força normativa para dizer ainda que o estado garantiria a observância desses direitos.

Tal fase histórica, nas palavras de Barroso, é identificada e nomeada de pós-positivismo ou neopositivimos:

> O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro." <grifo nosso> (BARROSO, 2013)

[1] Exceção feita aos Estados Unidos da América, que desde sua concepção, em 1787, com a Declaração de Direitos da Virgínia, que estabelece direitos individuais e os fundamentos do regime democrático de direito.

Por tais razões é que após a Segunda Guerra Mundial houve a consolidação do Estado Constitucional, consequentemente, as constituições passaram a buscar formulas que assegurassem sua supremacia, sua força normativa, especialmente para assegurar direitos e garantias fundamentais difundidas pelas cartas internacionais, em especial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Nesse período marcado pela (re)democratização, países europeus como Espanha, Portugal, Alemanha, Itália e Áustria criaram seus respectivos Tribunais Constitucionais e um controle de constitucionalidade das leis.

Contexto em que os Tribunais Constitucionais acima mencionados, figuram enquanto órgãos acima dos demais poderes, isto é, não se confundem com o Poder Judiciário. Os tribunais constitucionais destes países ocupam-se precipuamente com a defesa da constituição, subsidiariamente com os direitos fundamentais.

Convém dizer que nos Estados Unidos da América, tal como no Brasil, a Suprema Corte diz a última palavra acerca da constitucionalidade de atos e normas, pois está no cume da pirâmide jurídica, mas inseridas na estrutura do Poder Judiciário.

Claro que há uma explicação lógica e histórica para que cada estado tenha seu formato para a proteção e guarda de suas constituições, mas o relevante é que a Constituição de cada país abarca atualmente direitos e garantias fundamentais com força normativa e não estritamente declaratória, o que implica dizer que todos estão obrigados a respeitar os direitos humanos, do contrário estarão indo contra a letra e o espírito da constituição.

Assim, nesses países, o Estado tem o poder para, em defesa de sua Constituição, apenar e obrigar a reparar o dano, quando possível, àquele que a desrespeitar.

2. O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

No Brasil, a noção de um novo Direito Constitucional, tem por marco a nossa vigente Constituição Federal, que, conforme Barroso:

> O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. (BARROSO, 2004)

Ainda citando Barroso:

> O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, contudo, não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem

> recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, portanto não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. <grifo nosso> (BARROSO, 2013, pp. 4-5)

Valendo-se do pensamento de Barroso (BARROSO, 2013, pp. 4-8), temos como elementos três grandes mudanças de paradigmas na hermenêutica constitucional nos países de origem romano-germânica, são elas:

(a) o reconhecimento de força normativa à Constituição;

(b) a expansão da jurisdição constitucional;

(c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

2.1. A supremacia da constituição e sua força normativa

Nosso ordenamento jurídico é de origem romano-germânica, logo, tem como lastro a norma escrita (positivada). Ele consiste num sistema representado pela pirâmide kelseniana, em que a constituição pátria encontra-se no seu cume.

Quanto à sua estabilidade, a doutrina contemporânea, aqui representada por José Afonso da Silva, a classifica como rígida, o que significa dizer que para que seu conteúdo possa ser alterado há que se observar determinadas "solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares." (SILVA J. A., 2006, p. 42)

Com isso, figurando a constituição no vértice do ordenamento jurídico todas as demais normas e autoridades da estrutura hão de observar seu o conteúdo e com ele se conformar, para que não sejam maculadas pela pecha da inconstitucionalidade.

Assim, a noção de supremacia da constituição repousa nesses dois fatos, quais sejam: (a) a constituição enquanto lei fundamental do estado; (b) a dificuldade imposta para a alteração de seu conteúdo.

Nesse sentido, citamos José Afonso da Silva:

> Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, bem os governos dos Estados, bem os Municípios ou Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas

> normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas funções e atribuições nos termos nela estabelecidos. (SILVA J. A., 2006, p. 46)

Certamente que essa supremacia foi desejada pelo constituinte originário, de maneira que houvesse uma maior proteção aos direitos consagrados na Constituição.

Isso porque, antes da constituição de 1988, durante o chamado regime militar, vivemos um período marcado pelo autoritarismo, com graves violações aos direitos fundamentais, por exemplo, desaparecimentos forçados, censura, com sérias limitações ao exercício das liberdades de expressão e de ir e vir.

A supremacia constitucional, portanto, tem por escopo fazer com que toda a sociedade observe o texto constitucional, conferindo-lhe a legitimidade necessária para se manter perene o quanto possível.

Importante destacar que a constituição é um documento político, mas mais que isso, é um documento jurídico, produto de lutas dos diversos seguimentos sociais que entraram em consenso para, ao final, promulgá-la.

Portanto, enquanto norma jurídica, ela tem uma "pretensão de eficácia" (HESSE, 1991, p. 15), pois leva em conta a realidade das circunstâncias em que é idealizada, conforme Konrad Hesse descreveu:

> A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, pp. 14-15)

Assim, ao se conceber uma constituição o que mais se espera dela é a sua perenidade, para tanto, sua força normativa há de ser observada, buscada por todos, especialmente pelos três poderes (Executivo, Legislativo e Judicial), os principais destinatários da norma constitucional, pois dela derivam e nela encontram seu fundamento de existência e legitimidade.

Nesse sentido, citamos novamente Konrad Hesse:

> [...] pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem institucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*. (HESSE, 1991, p. 19)

Ainda citando Konrad Hesse: "Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas." (HESSE, 1991, p. 9)

Diante da afirmação acima aferimos que a constituição é, em última análise, o resultado da coalisão entre as forças sociais, que coincidem para transformar questões políticas em jurídicas. Nesse diapasão, a *vontade de Constituição* deve ser uma constante para toda a sociedade de maneira a assegurar a sua supremacia, bem como a sua força normativa.

Daí a importância de o interprete, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), no ato de julgar, aplicar a hermenêutica constitucional de maneira a respeitar o espírito e a letra da norma.

Sendo certo que, se a norma constitucional não mais se coaduna com os anseios contemporâneos, ela merece revisão; não pelo Judiciário, mas pelo Poder Legislativo, o único legitimado a fazê-lo.

2.2. A expansão da jurisdição constitucional no Brasil

O Brasil possui controle de constitucionalidade, no modo incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, introduziu a denominada ação genérica ou, atualmente, ação direta, destinada ao controle por via concentrada.

Mas a expansão da jurisdição constitucional se deu a partir da Constituição de 1988, na modalidade concentrada com: (a) a ampliação do rol dos legitimados à propositura da ação direta[2]; (b) a criação de novas modalidades de ações para o controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade[3]; e (c) a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental[4].

Com isso, no Brasil, qualquer juiz ou tribunal pode conhecer e julgar ato ou norma que afronte à Constituição e, consequentemente, lhe negar aplicação no caso concreto. No entanto, a última palavra acerca da constitucionalidade cabe ao STF.

Assim, o controle jurisdicional da Constituição pode ser exercido de maneira concentrada ou difusa; sendo que o controle concentrado é feito por via direta, perante um órgão específico (Supremo Tribunal Federal – STF) e terá eficácia *erga omnes*, em regra. Ao passo que o controle difuso é feito por via incidental, sendo prerrogativa tanto dos juízes de primeiro grau, quanto dos tribunais superiores, cujo efeito será *inter partes*, em regra.

[2] Ver art. 103 da Constituição, com as alterações da Emenda Constitucional nº 45/2004.
[3] Ver art. 103 da Constituição, com as alterações da Emenda Constitucional nº 45/2004.
[4] Ver Lei nº 9.882, de 3.12.99. Antes da lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era aplicável.

A expansão jurisdicional decorre da "vontade de Direitos Humanos Fundamentais" constitucionalmente previstos, especialmente, mas não se limitando a, concretização do acesso à justiça para a tutela de direitos fundamentais.

Concorrendo para essa expansão, afirmamos que se dá, também, em razão do aumento do rol dos direitos positivados na Constituição, ao que a doutrina chama de constitucionalização do Direito.

2.3. O novo Direito Constitucional e a normatividade dos princípios à luz dos direitos fundamentais

A atividade jurisdicional há muito não está pautada no ideal lógico-dedutivo da ciência jurídica, que, nas palavras de Fernando Pavan Baptista (BATISTA, 2005, pp. 77-86), tem como postulado teóricos a coerência e a completude do sistema, apoiada em três princípios políticos:

- a inevitabilidade da decisão judicial, que obriga o juiz a resolver todo caso que lhe é apresentado na esfera de sua competência;
- a justificação judicial, que faz o juiz embasar as próprias decisões e demonstrar sua não-arbitrariedade;
- a legalidade, que garante as decisões judiciais fundadas exclusivamente nas leis do Estado.

Isso porque a atividade jurisdicional sempre demandou do juiz, em última análise, e de todos os intérpretes do direito, métodos hermenêuticos limitados à letra da lei, salvo nos casos em que a legislação fosse omissa, até mesmo porque o juiz não pode se abster de proferir decisão alegando inexistência de dispositivo legal, ou seja, é dever-direito do juiz dizer o direito, criando a lei para as partes.

De acordo com a doutrina brasileira contemporânea, vivemos o denominado pós-positivismo ou neopositivismo, com a definição de que as regras consistem no "direito posto", isto é, o direito positivado, ao passo que os princípios são "mandamentos de otimização".

Nesse sentido, citamos Luís Roberto Barroso:

> O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no Positivismo Jurídico. A aproximação quase-absoluta entre direto e norma e sua rígida separação da Ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da Humanidade. (BARROSO L. R., 2003, pp. 43-44)

Mas, no novo Direito Constitucional a atividade jurisdicional é mais do que a subsunção da norma ao fato concreto, os princípios gerais de direito não se prestam somente à colmatação de lacunas. Princípios agora são *mandamentos de otimização.*

Normas de direitos fundamentais inseridas na ordem constitucional passam a ter status de norma principiológica, isto é, nos dizeres de Alexy, verdadeiros mandamentos de otimização. Assim, os interpretes devem aplicar os princípios de direitos fundamentais da forma mais ampla possível, posto que "princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas já existentes." (ALEXY, 2014, pp. 103-104)

Diante dessa constatação, no âmbito do direito constitucional, num caso concreto, sempre que Princípios de Direitos Fundamentais estiverem em confronto, dizemos que ocorre uma "colisão de direitos fundamentais"; para as regras, isto é, para normas positivadas em geral, quando em confronto, dá-se o nome de conflito.

Em caso de colisão, diferentemente das demais normas contidas em nosso ordenamento jurídico, a solução não pode ser dada por meio da aplicação hermenêutica regular com o uso de soluções de antinomias, mas por meio de técnica hermenêutica própria, adequada à essa natureza de direitos envolvidos.

2.3.1. Conflitos entre regras

Primeiramente cabe dizer que estamos aqui tratar de regras no sentido de norma jurídica, lei infraconstitucional em sentido estrito, bem com normas regulamentadoras.

Dispomos, para a solução de conflitos entre regras, de inúmeros instrumentos hermenêuticos tradicionais, conforme veremos.

Assim, um conflito entre regras pode ser solucionado inserindo-se em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou, pelo menos, para que uma das regras seja declarada inválida.

Uma vez não admitida a solução apresentada para a resolver o conflito, necessariamente uma das regras há que ser declarada inválida e, consequentemente, retirada do ordenamento jurídico.

Não importa a maneira de como foi fundamentado, não é possível que dois juízos concretos de *dever ser* distintos entre si sejam válidos. Assim, sendo uma regra válida e aplicável a um caso concreto, implica dizer que sua consequência jurídica é a *validade*.

A solução para o conflito de regras, portanto, está na verificação no âmbito da sua validade jurídica, isto é, o ordenamento jurídico não comporta a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas opostas.

Essa situação pode ser resolvida por meio de regras como *lex posterior derogat legi* e *lex specialis derogat legi generali*, contudo, é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito, o importante é a decisão ser válida (ALEXY, 2014, p. 92).

Mas, quando o conflito não está na órbita interna da Constituição Federal, os critérios tradicionais para a solução de antinomias não são mais aplicáveis, uma vez que: são hierarquicamente iguais, contidas no mesmo diploma legal e contemporâneas. Surge, portanto, um problema lógico-jurídico argumentativo suficientemente grande para os Judiciário resolver.

Assim, quando falamos em conflito de regras, referimo-nos às leis no âmbito das normas infraconstitucionais.

2.3.2. Colisão entre princípios constitucionais

Primeiramente cabe destacar que não há que se falar em conflito entre normas constitucionais, em regra, pois as normas constitucionais, como dissemos anteriormente, estão inseridas no mesmo diploma legal e contemporâneas. A Constituição é em si um sistema, não havendo que se cogitar de normas contraditórias ente si, ela é uma unidade que deve ser considerada em seu todo, interpretada dentro da estrutura, com a observância de princípios nela contidos.

Dito isso, normas constitucionais somente colidem no caso concreto, isto é, quando as partes litigantes levam ao Judiciário uma questão em que dois direitos constitucionalmente previstos estão sendo violados, de parte a parte. Neste caso a solução dar-se-á por meio da aplicação de uma norma em detrimento da outra, sendo que de forma alguma, a norma constitucional afastada será retirada do ordenamento jurídico, isto é, considerada inválida.

O que ocorre, portanto, é que um dos princípios tem prioridade em face do outro sob determinadas condições verificáveis, repise-se, somente no caso concreto.

As colisões entre princípios, na teoria de Robert Alexy, são superadas quando da imposição a um dos princípios citados ou ambos os princípios há certas restrições, o que acaba por diminuir sua aplicabilidade.

A discussão sobre a prevalência de um princípio diante de outro apenas se faz possível em função da caracterização destes como não dotados de uma característica absoluta. Isso corresponde a afirmar que não existe, dentro de uma teoria de princípios, um enunciado que deve ser considerado como absoluto (ALEXY, 2014, p. 96).

Assim, a definição dos princípios como não absolutos facilita a utilização da teoria da colisão que firma a definição dos princípios como ordem de aprimoramento e fundamenta a

teoria dos princípios (ALEXY, 2014, p. 96), sendo a sua realização regulada por meio das suas possibilidades fáticas e jurídicas, isto é, não possuindo caráter definitivo.

Dado o fato de que os princípios são mandamentos de otimização, é certo afirmar que há princípios com maior ou menor peso em relação ao bem que se pretende tutelar. Logo, há, dentre os princípios aquele com maior peso, ao qual é dada a precedência, tal como verificaremos no caso concreto, em decisão extraída site do Supremo Tribunal Federal.

Assim, o fato de um princípio valer para uma situação concreta não leva à conclusão de que assim o será em outras situações concretas. A sua razão pode ser desprezada por outra oposta. O conteúdo sozinho não determina a solução, mas por meio da aplicação da máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2014, p. 111).

Reiteramos, portanto, que conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso axiológico, sem implicar na invalidade de um ou outro.

2.3.3. A teoria do Sopesamento (*ponderação de valores* ou *ponderação de interesses*)

Vale destacar que o Sopesamento não é técnica nova, mas nomeada e aprimorada por Alexy, aplicável somente, como dissemos, na solução de casos concretos, pois solucionam colisões de direitos fundamentais constitucionais, de maneira que

Destarte, por serem, os princípios, direitos válidos e aplicáveis, em havendo colisão entre eles, o intérprete valer-se-á da ponderação.

Isso porque, para se verificar as possibilidades jurídicas é necessária uma lei de ponderação (sopesamento), declarando que quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio, maior deve ser a importância da realização do outro (ALEXY, 2014, pp. 119-120).

O Supremo Tribunal Federal possui inúmeras decisões fundamentadas em princípio constitucional, o qual além da função fundamentadora da ordem jurídica, exerce função interpretativa, colaborando para solucionar o problema da colisão entre valores constitucionalizados.

Na aplicação da teoria do Sopesamento, o intérprete deve considerar outras duas modalidades de interpretação: a proporcionalidade e a razoabilidade.

2.3.3.1. Proporcionalidade

A proporcionalidade foi implantada no ordenamento jurídico como forma hermenêutica constitucional para solucionar a colisão entre direitos e garantias fundamentais, considerando-os de forma a evitar desnecessárias restrições.

Bonavides afirma que:

> [...] em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial. (BONAVIDES P. , 2010, pp. 394-395)

A teoria da proporcionalidade demonstra-se de muita utilidade prática para o hermeneuta, quando da análise de interesses contrapostos, momento em deverá aferir qual princípio prevalecerá naquela situação específica, seguindo-se os requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

2.3.3.2. Razoabilidade

Questionamentos não remanescem de que a razoabilidade é consequência da ordem jurídica, assim deve ser analisada quando da interpretação constitucional, cujo marco inicial é a proporcionalidade.

Embora igualmente não esteja expressamente no texto constitucional, o princípio da razoabilidade é indiscutivelmente aplicável a todo o ordenamento jurídico, ensina Luís Roberto Barroso:

> [...] abrem-se duas linhas de construção constitucional, uma e outra conducentes ao mesmo resultado: o princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana, pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula. (BARROSO L. R., 1998, p. 217)

O sentido do princípio da razoabilidade apontado por Alexy é justamente a construção de fundamentos de aceitabilidade na restrição de direitos fundamentais.

Humberto Ávila (ÁVILA, 2003, pp. 94-103) apõe três exigências do princípio da razoabilidade na sua interpretação, veremos: (1) a harmonização da norma geral com o caso

concreto; (2) a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação – deve haver um suporte empírico para a medida adotada e uma relação de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada; (3) uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Em outras palavras o princípio da razoabilidade é imprescindível a toda e qualquer norma; e mais que isso, é imperativo ao exercício jurisdicional, pois na busca do melhor *direito* é necessária a aplicação do bom senso, da prudência e da moderação.

3. QUESTÕES PREJUDICIAIS À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO STF

As grandes questões que norteiam o Poder Judiciário hodiernamente são: (a) a demanda pela concretização dos direitos fundamentais; (b) a omissão do Poder Legislativo; e (c) a crescente judicialização dos conflitos sociais.

Nossa Corte Suprema vem se transformando, com decisões contrárias à letra da Constituição, sob o argumento de atender razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, com fulcro em uma lei infraconstitucional (Lei 9868/1999), modula efeitos das decisões proferidas em sede de Ação de Direta de Inconstitucionalidade e Ação Direta de Constitucionalidade[5], sem qualquer constrangimento.

Note-se, com isso, que o STF aplica uma legislação infraconstitucional que limita direitos constitucionais, sem que isso lhes pareça inconstitucional.

Mas vamos às principais questões prejudiciais à interpretação constitucional no STF:

3.1. A demanda pela concretização dos direitos fundamentais

Como dissemos anteriormente, o século XX legou uma demanda crescente pela concretização dos direitos humanos fundamentais em razão de questões históricas.

Essa demanda, inicialmente, decorreu de organismos de direitos internacionais, especialmente ao Brasil advinda da Organização das Nações Unidas e do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos.

Mas a demanda atual não vem só dos organismos internacionais, mas da própria população que vem absorvendo essas noções de direitos fundamentais e cobrando do Estado a

[5] Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

efetivação e concretização, constitucionalmente previstos em nosso ordenamento jurídico e dos quais o Estado não pode se furtar ao cumprimento.

Fatores da realidade atual convergem para a instituição de uma cultura pela busca por concretização, por exemplo, o avanço tecnológico, isto é, a internet. Realmente é impossível desconsiderar o papel que essa mídia eletrônica possui enquanto instrumento para a dissipação de ideias e ideais.

Para ilustrar citamos a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, resultado da interpretação do STF para reconhecer o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.[6]

3.2. A omissão do Poder Legislativo

Nossa Constituição, muito embora preveja e delimite as funções e obrigações dos três Poderes, quanto ao Poder Legislativo, especificamente, não contempla de forma expressa um prazo para que o Legislativo legisle.

Essa omissão constitucional dá causa à inércia desse Poder que, agindo por interesses estritamente políticos, desrespeitam a Constituição, pois negam ao povo brasileiro dispositivos constitucionalmente previstos, mas que prescindem de regulamentação para que tenham eficácia.

O Poder Legislativo vem ferindo a Constituição sistematicamente, pois se quer dispositivos constitucionais quanto ao procedimento são respeitados, como, por exemplo, o que estabelece prazo para a análise dos vetos presidenciais previsto no artigo 66 § 4º[7].

Infelizmente, mesmo podendo, o STF, fundamentando de diversas formas não saneou essa inconstitucionalidade levada ao Judiciário por meio do Mandado de Segurança de nº 31816, quando:

> Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) cassou a liminar concedida pelo ministro Luiz Fux no Mandado de Segurança (MS) 31816, no qual se questionava a apreciação, pelo Congresso Nacional, do veto parcial da presidente Dilma Rousseff ao Projeto de Lei 2.565/2011 (convertido na Lei 12.734/2012), que trata da partilha de *royalties* relativos à exploração de petróleo e gás natural. A decisão do STF foi pelo provimento

[6] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931, acessado em 10/11/2015.

[7] Art. 66. (...) § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)

> do agravo regimental, interposto pela Mesa do Congresso Nacional, no qual se questionava a medida liminar.
> No julgamento do Plenário, o relator do processo, ministro Luiz Fux, manteve a posição firmada na liminar, pela qual o veto parcial ao Projeto de Lei 2.565/2011 só poderia ser apreciado após todos os vetos pendentes de apreciação no Congresso Nacional fossem analisados, em ordem cronológica. Seu entendimento se sustenta na regra prevista no parágrafo 4º do artigo 66 da Constituição Federal, segundo a qual o veto presidencial a um projeto de lei deve ser apreciado pelo Congresso Nacional em sessão conjunta no prazo de 30 dias do seu recebimento. O descumprimento sujeitaria o Congresso à inclusão do veto na ordem do dia, sobrestando a apreciação das demais proposições.
> No mesmo sentido do relator, votaram os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e o presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa. Acompanharam a divergência aberta pelo ministro Teori Zavascki, ao dar provimento do agravo regimental e cassar a liminar, os ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.
>
> Divergência
> O ministro Teori Zavascki, ao abrir a divergência na votação, sustentou que, quanto aos pontos do regimento comum do Congresso Nacional supostamente descumpridos, a jurisprudência do STF é consolidada no sentido de que esses assuntos são questões *interna corporis*, imunes ao controle judicial.
> No que se refere às cláusulas constitucionais que disciplinam a apreciação de vetos, Teori Zavascki disse ter razão o relator Luiz Fux ao apontar o seu descumprimento. Mas Zavascki observou que, por outro lado, a manutenção da liminar criaria sérios problemas para a atividade legislativa, uma vez que a imposição do sobrestamento a que se refere a Constituição Federal diria respeito a todas as proposições legislativas, não apenas os vetos presidenciais. "Segundo as informações colhidas no processo, trata-se de descumprimento reiterado e antigo, a ponto de se ter atualmente pendentes de apreciação mais de 3 mil vetos, alguns com prazo vencido há 13 anos", afirmou. Para o ministro, uma rígida aplicação dos princípios constitucionais invocados no MS 31816 com eficácia *ex tunc* (retroativa) resultaria em um futuro caótico para atuação do Congresso Nacional, pois implicaria paralisar qualquer nova deliberação, e ainda lançaria um "manto de insegurança jurídica" sobre todas as deliberações tomadas pelo Congresso nos últimos 13 anos.[8]

Note-se que o STF está muito mais empenhado em questões de ordem política do que social, neste caso. Julgou-se notoriamente contra a letra da Constituição sem qualquer constrangimento.

3.3. A crescente Judicialização dos conflitos sociais

Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[9], que por meio do Relatório de 2014 apresentou a evolução processual dos últimos 5 anos (2009-2014), registrando para o ano 2009

[8] Notícia extraída do site: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098, acessado em 10/11/2015.
[9] http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/09/ff7463a6fe08604488795034964c0508.swf, acessado em 11/11/2015.

o ingresso de 25,3 milhões novas demandas, ao passo que em 2014 registraram-se o surpreendente número de 28,9 milhões de novos casos ao judiciário.

O termo Judicialização serve para descrever o fenômeno do grande e crescente número de demandas judiciais, com diversas concausas, dentre as quais, trataremos das principais.

Podemos apontar alguns fatores para a crescente Judicialização dos conflitos sociais, dentre os quais os dois pontos anteriores: A demanda pela concretização de direitos fundamentais e a omissão do Poder Legislativo.

Mas um outro fator importante a ser considerado é que a nossa própria Constituição que, como garantia fundamental, contempla o acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV[10], o que faz do acesso à justiça ser um direito-garantia fundamental e universal.

Com isso qualquer cidadão tem o direito constitucional de buscar o seu direito na Justiça. A grande questão é que os direitos fundamentais servem de pano de fundo para grande parte das demandas judiciais o que faz com que questões de constitucionalidade possam ser analisadas por qualquer juiz ou tribunal, em regra, por meio do controle difuso.

Trazendo novamente a questão dos princípios, nossa Constituição em seu Título I trata "Dos Princípios Fundamentais", ou seja, as normas contidas nos artigos 1º a 4º não são "apenas" normas, mas valores que devem ser maximizados sempre que possível na ordem jurídica interna, pois são princípios norteadores do Estado Brasileiro.

A questão mais latente e polêmica decorre da atuação do Poder Judiciário em relação à inércia do Poder Legislativo, como dissemos em tópico próprio, mas vale aqui reiterar.

Isto se dá, especialmente, na criação de normas regulamentadoras constitucionalmente previstas, denominada pela doutrina como *síndrome da ineficácia das normas constitucionais*, tendo em vista que determinados dispositivos constitucionais originam uma obrigação legislativa.

O Judiciário, muitas vezes, visando garantir o gozo dos direitos previstos nos dispositivos constitucionais, que, em tese, só poderiam ser exercidos com criação de uma norma infraconstitucional pelo legislador, é obrigado a fazer as vezes do legislador no caso concreto.

TATER & VALINDER, em seus estudos sobre a Judicialização (TATER & VALINDER, 1995), apresentam esse fenômeno como um processo irreversível e crescente, decorrente de um caráter cada vez mais político que os tribunais vêm assumindo para a concretização de direitos constitucionais. Destacam cinco causas que favorecem o surgimento da Judicialização, são elas:

[10] Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

i. a democracia;
ii. a separação dos poderes;
iii. os direitos políticos;
iv. o uso dos tribunais pelos grupos de interesse e; por fim,
v. a falta de efetividade das instituições majoritárias.

Gisele Cittadino (CITTADINO, 2004) defende a Judicialização afirmando ser um meio de se concretizar a Constituição, pois representa um "alargamento do seu círculo de intérpretes, especialmente em face do conteúdo universalista dos princípios do Estado Democrático de Direito".

Mas realmente, vale dizer que no Brasil a Judicialização também é obra da incompetência do próprio Estado, conforme apontamos acima.

A Judicialização, portanto, sua expansão, vão ao encontro do interesse social no sentido de se dar efetividade aos direitos fundamentais consagrados nas Constituições dos respectivos países.

4. ATIVISMO JUDICIAL OU MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL?

Nos filiamos à definição de Elival da Silva Ramos:

> Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delineadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS E. d., 2013, pp. 116-117)

No âmbito constitucional, o ativismo judicial, ao nosso ver, é o ato de decidir contrariamente à letra e ao espírito da Constituição, imprimindo, por exemplo, a um vernáculo significado que não lhe cabe. Para ilustrar citamos a Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça, resultado da interpretação do STF para reconhecer o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.[11]

[11] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931, acessado em 10/11/2015.

Em termos de concretização dos direitos humanos fundamentais, especialmente calcado na dignidade da pessoa humana, no direito de igualdade e liberdade, tais decisões, bem como a própria resolução são um digno avanço.

No entanto, sob a ótica da constitucional, o STF agiu inconstitucionalmente por duas vezes, a primeira ao decidir contrariamente à letra da Constituição, vez que o artigo 226, § 3º prescreve taxativamente a expressão "entre homem e mulher" ao referir ao reconhecimento da união estável e a facilitação da conversão em casamento; a segunda por legislar, dado o caráter vinculante da decisão, encerrando a possibilidade de qualquer interpretação contrária à própria.

Certamente que essa atuação do STF decorre sim de um clamor social, bem como da inércia propositada do Poder Legislativo, que por questões estritamente de ordem política, nega direitos às minorias para a manutenção de votos.

Diante disso, não há como negar que eventuais decisões inconstitucionais, sob o aspecto social e humano devam ser sim tomadas, à exemplo do caso acima.

O ativismo judicial, portanto, no nosso entender, não é um fenômeno isolado ou simples exercício deliberado de vontade política, mas apresenta-se como um resultado da forma de ver e pensar o Direito Constitucional, consequentemente de praticá-lo.

No Estado Constitucional de Direito a Constituição passa a ser um documento normativo, centro do ordenamento jurídico, sua supremacia não é mais apenas formal como também material e axiológica. Desta forma, os tribunais passam a desempenhar um papel importante, responsáveis por concretizar a Constituição e os direitos fundamentais previstos em seu texto. Interpreta-se o Direito a partir dos princípios e valores constitucionais.

Nesse sentido, destacam-se os ensinamentos de Paulo Bonavides:

> [...] O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei. (BONAVIDES, 2002, p. 140)

Ronald Dworkin confirma tais argumentos, explicando que:

> Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. (DWORKIN, 2001, p. 32)

As questões prejudiciais à interpretação constitucional são fatores que culminam no moderno "Ativismo Judicial", mas há muito conhecido como Mutação Inconstitucional. Dois termos para uma mesma prática judicante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Admitidos que algumas decisões, ainda que inconstitucionais, promoveram o atendimento aos direitos humanos, mas o que nos preocupa e merece atenção permanente é que o STF se esqueça do seu papel precípuo: o de guardião da Constituição. [12]

Isso porque, repetimos a citação de Konrad Hesse:

> [...] pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem institucional -, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*. (HESSE, 1991, p. 19)

Logo, se o STF, quando o último e, portanto, o principal intérprete da Constituição, deixa de observar a sua letra e seu espírito, tacitamente, autoriza aos demais principais responsáveis pela ordem institucional (os demais Poderes) a deixar de observar também.

A Constituição é um documento político, mas também jurídico, pois confere direitos e obrigações, atribuindo competências e vinculando a cada um dos poderes constituídos.

As interpretações contrárias à constituição causam-nos certo temor, não apenas sobre o aspecto da segurança jurídica (contemplada no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição), mas sobre a perenidade da nossa Carta Maior.

Não observar a letra e o espírito da Constituição significa fragiliza-la; fragilizando-a paulatinamente poderá permitir, em última instância, o seu rompimento em sua integralidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA, F. P. **A lógica da sentença judicial.** São Paulo: Prisma Jurídico, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

[12]Constituição: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição(...)".

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo. **Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.** Editora Lumen Juris. 2004.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988**. *In* Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização. Org. Eduardo C. B. Bittar e Anna Candida da Cunha Ferraz. Editora Edifieo. Osasco, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TATER, C. Neal; VALINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York and London: New York Universit Press, 1995.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 10 nov. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário do STF cassa liminar sobre apreciação do veto ao projeto de lei dos royalties.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098>. Acesso em: 10 nov. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Análise do Poder Judiciário**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/09/ff7463a6fe08604488795034964c0508.swf>. Acesso em: 11 nov. 2015.