ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 25 – março/abril/maio 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

A ATUAÇÃO JUDICIAL CRIATIVA NAS SOCIEDADES COMPLEXAS E PLURALISTAS CONTEMPORÂNEAS SOB PARÂMETROS JURÍDICO- CONSTITUCIONAIS

Dalton Santos Morais
Procurador federal. Procurador-Chefe Substituto da Procuradoria Federal no Estado do Espírito Santo. Coordenador da Representação da Escola da AGU no Estado do Espírito Santo. Especialista em Direito do Estado. Professor de Direito Constitucional e Tópicos Especiais de Processo Civil no Curso de Direito das Faculdades Espírito-Santenses – FAESA.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As transformações sociais, políticas e econômicas contemporâneas: as sociedades complexas e pluralistas contemporâneas. 3. A Constituição como centro dos sistemas jurídicos contemporâneos. 4. A proeminência contemporânea do Poder Judiciário. 4.1. O controle jurisdicional de constitucionalidade: a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e a importância do controle concreto realizado pela via difusa. 4.2. A "judicialização da política". 5. Os novos marcos da função jurisdicional no Brasil: a complexidade da atuação judicial contemporânea. 5.1. Delimitação da análise. 5.2. A principialização do direito e as normas-regras dotadas de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados. 5.3. Os "casos difíceis": colisão de direitos fundamentais e ponderação de valores. 6. A impossibilidade do exercício da função jurisdicional sob critérios eminentemente políticos: a subordinação material da atuação criativa do juiz ao direito proveniente da Constituição. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

RESUMO: O direito, enquanto produto cultural desenvolvido pelo homem de acordo com as circunstâncias fáticas que o influenciam, precisou acompanhar as inúmeras transformações recentemente sofridas pelas sociedades ocidentais, situação sob a qual os sistemas jurídicos adotaram como solução para a reaproximação entre o direito e a moral a adoção de Estados democráticos de direito com as Constituições ocupando o centro dos ordenamentos jurídicos. Com toda uma relevante carga axiológica a iluminar a aplicação do ordenamento jurídico, a ampla complexidade das relações sociais e a sistematização constitucionalizada - por que não dizer, politizada - do direito impõem ao juiz a solução de conflitos complexos que não poderão mais

ser resolvidos por técnicas admitidas, e suficientes, em épocas passadas. E sob esse contexto que o presente trabalho, ainda que superficialmente, pretende verificar se tal complexidade da atuação jurisdicional contemporânea permite ao juiz inobservar critérios jurídicos para a interpretação e a aplicação do direito ao caso concreto que lhe foi submetido para decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade. Constituição. Política. Jurisdição. Controle de constitucionalidade. Juiz.

1. Introdução

A temática a ser abordada no presente artigo constitui-se em problema de relevância ímpar para o direito contemporâneo, pois em vista da hodierna legitimidade do Poder Judiciário para a função de proteger os valores sociais constitucionalmente eleitos como prioritários no processo em que irá prestar jurisdição [1], a atuação judicial criativa tem se tornado imprescindível nos dias atuais por pressão da própria sociedade.

Esta aplicação criativa do direito pelo intérprete puro kelseniano, o juiz, torna-se especialmente imprescindível na solução de casos onde não há resta alternativa ao magistrado senão atuar deste modo, seja para revelar o conteúdo da norma que, se aplicada em sua literalidade, revelar-se-á como injusta em hipóteses fáticas excepcionais, seja para decidir conflitos entre direitos fundamentais, hipótese em que, normalmente, não lhe é possível a aplicação das técnicas tradicionais de interpretação para a solução do *hard case* [2].

Assim, considerando-se a afirmação de Mauro Capelletti de que um dos maiores problemas contemporâneos do direito está no *"grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários"* [3], o presente trabalho pretende verificar se, nos estados constitucionais de direito contemporâneos, a Constituição autoriza que a aplicação do direito pelo juiz paute-se sobre critérios outros que não a mera obediência ao ordenamento positivado e se, afirmativa a resposta ao questionamento anterior, se esta liberdade de atuação jurisdicional importa em

---

[1] *"Trata-se (...) de problema que não pode se resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade, -ou para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa-, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade."* (grifo nosso)

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993. p. 92

[2] Pelo menos, por ora, vez que se tratará com maior profundidade o significado da referida expressão, entenda-se a mesma sob sua tradução literal: "casos difíceis".

[3] CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*

discricionariedade do juiz na decisão do caso concreto ou se o magistrado estará submetido a limites impostos pela própria Constituição, mesmo na decisão de casos onde necessariamente o juiz precisará realizar escolhas valorativas para a correta decisão do caso concreto que lhe é submetido.

2. As transformações sociais, políticas e econômicas contemporâneas: as sociedades complexas e pluralistas contemporâneas.

Após a afirmação do liberalismo durante o século XIX e a implantação do Estado Social, após o início do século XX, e um sem número de eventos de capital importância para a humanidade, dentre os quais necessário destacar a barbárie nazi-facista imposta ao povo judeu durante a 2ª. Guerra Mundial, ocorreram expressivas alterações em diversos aspectos da sociedade contemporânea, dentre as quais se pode enumerar: a) a prevalência do Poder Executivo a partir da instituição do Estado do bem-estar social [4]; b) a prevalência do capitalismo como único modelo econômico viável após a queda da União Soviética [5]; c) após a 2ª Guerra Mundial, a adoção dos direitos fundamentais como limite à atuação do Estado e a instituição de tribunais constitucionais na Europa [6]; d) o primado do Estado de Direito e de sistemas judiciais eficazes como meios necessários para o desenvolvimento social e econômico das sociedades modernas [7]; e) o exarcerbado contratualismo das relações sociais decorrente da falência das instituições mediadoras tradicionais [8].

Após todas estas transformações por que passaram, em nenhum momento da história humana as sociedades ocidentais foram tão caracterizadas pelo reconhecimento de valores dialéticos que, decorrentes da adoção de Estados constitucionais democráticos de direito, devem ser praticados por seus integrantes sob espírito social tolerante, pois, tal como informa Ovídio A. Baptista da Silva, é a primeira vez que a ideologia da igualdade é considerada à luz de uma democracia universal, com a tentativa de desconsiderar-se distinções de classe, sexo, raça, idade, crenças políticas e religiosas, dentre outras [9].

---

[4] LEAL, Roger Stiefelmann Leal. A judicialização da política. Cadernos de direito constitucional e ciência política. v. 29 São Paulo. 1999 p. 230/237

[5] TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial Power: The judizicialition of politcs. New York: New York University press, 1995.*

[6] *Ibdem.*

[7] *Ibdem.*

[8] GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[9] "Nosso mundo tornou-se demasiadamente hermenêutico. A solidão urbana – trágica invenção moderna – obriga-nos, a cada passo, a conviver com a diversidade de comportamentos e valores que se opõem aos nossos, os quais, no entanto, devem merecer nosso respeito e serem tolerados ainda que possamos, ou devamos, civilizadamente combatê-los.

E no Brasil, ainda que tardiamente - por influência da Constituição responsável pela transição do outrora regime ditatorial para o regime democrático, este baseado na concepção de um Estado constitucional - houve o estabelecimento de um rol de direitos e garantias fundamentais nunca antes declarados no país a evidenciar o poder daquela Carta em permitir a "redescoberta da cidadania", com a conseqüente generalização da "conscientização das pessoas em relação aos seus direitos" [10].

Além da pluralidade [11] [12] e da democracia que caracterizam as sociedades de países ocidentais centrais – e de alguns países emergentes com a mesma

---

A democracia pressupõe tolerância. Não pode haver regime democrático quando exigimos que nossos interesses e valores sejam aceitos como absolutos; não haverá democracia se formos incapazes de conviver com a diversidade, com os valores do "outro"."

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Disponível em< http://www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em 11/09/2008

[10] BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em<htpp://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 15/08/2008

[11] Sob esse contexto, de forma consentânea com a adoção de um pluralismo típico dos novos tempos, entende Cândido Rangel Dinamarco que a distribuição de poder na sociedade brasileira contemporânea não mais se situa única e exclusivamente nos órgãos estatais, mas se distribui por todos os agentes componentes da sociedade:

"Todas as instituições sociais (família, grupos religiosos, culturais ou recreativos) econômicas (empresa, sindicatos) ou mesmo políticas despregadas da estrutura estatal (partidos políticos) constituem pólos de poder e, na sua esfera, reputam-se responsáveis pela promoção do bem comum de tal maneira que "o poder nacional encontra-se 'disseminado' por todas as moléculas da sociedade."

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 85

[12] "Muito embora a constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão *pluralismo* agregando-lhe o adjetivo *político*, o que, à primeira vista, poderia sugerir a idéia de que esse princípio se refere apenas às preferências políticas e/ou ideológicas da sociedade, a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na *polis,* ou seja, um direito fundamental à *diferença* em todos os âmbitos e expressões do viver coletivo - tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter econômico, social e cultural – um direito fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: *não só, mas também.*

Destarte, falar em pluralismo político significa dizer que, respeitadas as poucas restrições estabelecidas na própria lei fundamental – pois nesse terreno é imperativa a *reserva da constituição* -, o indivíduo é livre para se autodeterminar e levar a vida como bem quiser, imune à intromissão de terceiros, provinda do Estado ou dos particulares.

O mesmo se diga da idéia de *tolerância* – intimamente associada ao conceito de pluralismo – a significar que ninguém pode ser vítima de preconceitos, de ódio ou de perseguição pelo simples fato de ser diferente, como, infelizmente, tem acontecido no curso da História, em que pesem os esforços de quantos – ao que parece até agora pregando no deserto – nos advertem de que *o normal é ser diferente* e que os traços característicos de cada indivíduo não devem

tradição ocidental - a partir da segunda metade do século XX, de ver-se que, nos fins deste ciclo, por volta da década de 1990, outras novas situações impuseram ainda mais complexidade às questões sociais contemporâneas, dentre as quais se pode citar o extraordinário desenvolvimento das tecnologias de comunicação – do qual o exponencial crescimento da *internet* é o exemplo mais cabal – e a globalização daí decorrente, vez que as sociedades contemporâneas, além de seus problemas internos, precisam agora adaptar-se a conviver com outros problemas advindos do contexto internacional, seja ele regional ou globalizado, em que estão inseridas [13].

É que as sociedades contemporâneas são, inevitavelmente, submetidas à globalização, fenômeno de ordem mundial, estruturada não só no aspecto econômico, mas baseada em duas estruturas fundamentais, quais sejam a "eliminação de barreiras econômicas e políticas para a livre circulação de bens produtivos" e "no processo de desenvolvimento tecnológico sem precedentes das comunicações físicas e das telecomunicações", este último permitindo "um deslocamento fluído de pessoas, informações e modelos culturais e sociais por todo o mundo." [14]

Todas estas relevantes modificações estruturais a caracterizar as sociedades contemporâneas como corpos sociais plurais, complexos e globalizados indicam que há evidente acerto no entendimento de Ulrich Beck, citado por Francisco Carlos Duarte, de que se a sociedade moderna foi caracterizada pela certeza, pela estabilidade e respaldada na determinação lógica e temporal, a sociedade contemporânea é caracterizada pelo risco, pela incerteza do porvir, pela instabilidade e pela indeterminação lógica e temporal [15].

---

ser vistos como estigmas, mas, ao contrário, como expressão da metafísica singularidade das pessoas enquanto criaturas substancialmente distintas das demais."

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista Direito Público nº 12**. Abril/maio/junho 2006. p. 51/52.

[13] Neste contexto, veja-se a atual crise financeira que, iniciada no mercado imobiliário interno norte-americano, em decorrência dos chamados *sub primes* hipotecários, avassalou todo o mercado financeiro global, com resultados devastadores nas economias de diversos outros países, conforme se noticia abaixo:

"**Entenda a evolução da crise que atinge a economia dos EUA**
Bancos de diversos ramos --investimentos, varejo, hipotecas--, nos Estados Unidos e em outros países, principalmente a Europa, já sofreram prejuízos bilionários e em alguns casos fecharam, desde agosto do ano passado. A raiz do problema está no mercado de hipotecas norte-americano. (...)"

Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u453003.shtml>. Acesso em: 28/10/2008

[14] DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. p. 107. Revista de processo nº 148 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 106

[15] *Ibdem.* p. 99/110

3. O novo marco filosófico do direito: a Constituição como centro dos sistemas jurídicos contemporâneos e a constitucionalização do direito.

Em seus primórdios, podia-se caracterizar uma Constituição como um conjunto de orientações políticas para um dado Estado, onde se encontrariam as diretrizes de sua estruturação – forma de Estado; de governo; formação, organização e atuação dos Poderes constituídos -, bem como a estipulação de direitos mínimos dos indivíduos a impedir a agressão do Estado a preceitos econômicos liberais típicos da época. Foi sob essa concepção de Constituição que o positivismo jurídico atingiu o seu auge durante a 2ª Guerra mundial, permitindo que o regime nazista promovesse um genocídio sem precedentes contra o povo judeu com base em um ordenamento formalmente positivado.

Após tais afrontas contra os direitos básicos do homem, autorizadas por dispositivos legais positivados, percebeu-se que a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, e da lei como estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento jurídico esclarecido [16].

Sob esse contexto de superação histórica do jusnaturalismo e de fracasso político do positivismo jurídico extremado [17], o pensamento jurídico, atualmente, busca refúgio no que denomina de pós-positivismo jurídico, qual seja a "designação provisória e genérica de um ideário difuso" [18], segundo o qual, sem desconsiderar a necessidade da segurança jurídica propiciada pela norma positivada [19], pretende-se a reaproximação entre o direito, a ética e a

[16] BARROSO, Luis Roberto.e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. p. 12 *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[17] "... o ordenamento infraconstitucional nem sempre é apto a resolver os conflitos de interesse que proliferam em número e complexidade, especialmente quando é lido sob a égide do positivismo dogmático, que infelizmente ainda recheia as mentes de boa parte dos operadores do direito e que se amparada na superada premissa que preconizou, por longa data, a intervenção mínima por parte do Poder Judiciário."

CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. Revista de Processo nº 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 74

[18] *Ibdem. p. 12*

[19] Sustenta François Ost que a situação de complexidade jurídica da sociedade contemporânea decorre do fato desta ter abandonado apenas **parcialmente** as concepções de Estado liberal e do bem-estar social e, conseqüentemente, de ainda remanescerem na sociedade contemporânea os resquícios dos sistemas jurídicos praticados naquelas concepções de Estado. Situação esta de complexidade demonstrada: a) pela multiplicidade de atores atuantes no sistema jurídico – Estado, através dos juízes, legisladores e administração; particulares; organizações comerciais, profissionais, dentre inúmeros outros atores que se constituem no que o autor chama de "usuários Del Derecho"; b) pela imbricação das funções jurídicas pelos diversos atores atuantes no sistema jurídico – administração adota em sua forma de atuar - processo administrativo – parâmetros típicos do procedimento judicial; a administração, e não raras vezes, o próprio Poder Judiciário participam da elaboração das leis – poder de iniciativa dos Poderes Executivos e Judiciário; as disposições legais de conceitos indeterminados necessariamente precisam da complementação regulamentar (da Administração); a delegação

moral, de forma que a norma não seja analisada somente sob a idéia kelseniana da validade decorrente do aspecto formal, mas também sob o aspecto material de sua adequação aos valores adotados pela Constituição, vez que no momento do exercício do poder constituinte originário evidenciaram-se como os socialmente mais relevantes.

É assim que, contemporaneamente, o constitucionalismo, sob forte influência daqueles horrores perpetrados durante a 2ª Guerra Mundial [20], passa a entender a Constituição como "lei fundamental" que, normalizando os valores mais importantes para a sociedade, torna-os oponíveis ao Estado e, no caso das cláusulas constitucionais definitivas, até mesmo às maiorias legislativas que venham a surgir durante a vigência do Texto Constitucional. [21]

Sob essa nova concepção de constitucionalismo, através da qual se disporá sobre os temas de importância capital para a sociedade, aos direitos fundamentais, enquanto pressupostos básicos para a realização da liberdade e da dignidade da pessoa humana, atribuir-se-á uma nova abordagem à Constituição, menos política, mais jurídica, vez que aqueles direitos de ordem fundamental devem ser considerados não como meros valores abstratos, mas sim com normas jurídicas dotadas de superioridade jurídica, às quais se deve dar efetividade através do cumprimento da Constituição.

A Constituição passa, portanto, a efetivamente inaugurar uma nova ordem político-jurídica, cabendo a ela servir como fundamento a toda e qualquer atuação do Estado, e da própria sociedade, vez que somente a atuação consoante à Carta encontrará legitimidade na ordem jurídica por ela inaugurada.

---

de poderes típicos do Poder Judiciário a outros poderes (CPI's); c) pela multiplicação dos níveis de poder – perda do poder de direção pelo Estado, sendo necessário ao mesmo dialogar com os agentes sociais para a implementação de suas políticas, inclusive através da legislação.

OST, François. ***Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez.*** p. 184/185. Disponível em <www.cervantesvirtual.com/servlet/013606298725707285878 91/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 24/09/2008

[20] "A guerra de 1939-1945, denominada Segunda Grande Guerra, não teve nada de grande em termos de benefícios para a humanidade. Pode-se tê-la grande tomando-a pelo cálculo das crueldades e ignomínias cometidas. Também não foi apenas segunda, conquanto assim chamada por se seguir, nos mesmos termos devastadores e compreensivos das potências mundiais, ao conflito de 1914-1918.
O que ela pôde aportar de novo para a humanidade foi o resultado francamente contrário às dignidades aspiradas, em especial o que se perpetrou contra judeus e as denominadas potências orientais."

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Direitos de para todos. 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2008. P. 09/10.

[21] COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. Cit.* p. 51.

Deixou-se, portanto, de considerar-se a Constituição como um mero ideário político ao dirigente da vez, para considerá-la como estatuto normativo dotado de superioridade jurídica material sobre todo o restante do ordenamento jurídico de uma dada sociedade. Esta compreensão é denominada como força normativa suprema da Constituição, segundo a qual as disposições do Texto Constitucional devem ser observadas como normas jurídicas superiores, inclusive materialmente, que, caso não sejam observadas espontaneamente, devem ser impostas pelo Estado-juiz.

Esta nova concepção de Constituição como estatuto normativo dotado de eficácia suprema, que passou a ser observada na Europa a partir da segunda metade do século XX e no Brasil a partir do final da década de 90 do mesmo século [22], importou na transposição da Carta para o centro do sistema jurídico [23], o que conduziu o direito para a sua constitucionalização [24], segundo a qual o ordenamento jurídico vigente, positivado ou não, deve ser interpretado de acordo com a preponderância não só hierárquica, mas também axiológica da Constituição, de forma a concretizar os valores nela insertos [25].

De ver-se, portanto, que sob a atual concepção de Constituição, esta deve ser vista como estatuto com natureza jurídica superior a ser observado não só pelo Estado, mas também por toda a sociedade - que tanto quanto aquele é

---

[22] Importante realçar que após a CR/88, época em que se reconheceu, definitivamente, a natureza de norma superior das disposições constitucionais, o controle de constitucionalidade, no Brasil, obteve um incremento exponencial.

[23] "De fato, não se pode negar que no transcorrer do século XX e em especial após a transição do Estado Liberal para o Estado Social e da mutação deste para o Estado Democrático de Direito, a Constituição assumiu papel de centro do sistema jurídico, interferindo diretamente nas relações privadas de modo a romper definitivamente com o individualismo em contra posição ao papel de outrora, que atinha-se a servir de receptáculo de normas programáticas visando tutelar o indivíduo e criar diretrizes que se propunham, desde que regulamentadas, a limitar a intervenção do Estado."

CATALAN, Marcos José. *Op. Cit.*

[24] Segundo Luis Roberto Barroso, a expressão "constitucionalização do direito" deve ser identificada com a irradiação axiológica dos valores constitucionais para todo o ordenamento vigente, segundo os quais passariam a "condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.", não só em relação às três esferas de Poder, mas também aos particulares.

BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.

[25] "(...) a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento normativo de toda a Lei Maior, induzem à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional, [sendo que tal] fenômeno deve ser louvado e não lamentado, sobretudo no caso brasileiro, diante das bases democráticas, humanitárias e solidaristas do nosso texto magno."

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. p.254 *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

responsável por sua interpretação [26] e efetivação -, o que necessariamente importa em um novo enfoque de abordagem do direito, vez que através deste se realizará a conformação da realidade social de forma apta a concretizar o projeto social estabelecido pela Constituição vigente.

É sob o enorme impacto de todas essas transformações que o papel do juiz deve ser, atualmente, analisado, pois tais modificações na realidade sócio-política importam em um novo paradigma de atuação do Poder Judiciário, tanto em face da distribuição de competências e atribuições entre os Poderes estabelecidos, como em face das exigências sociais que pressionam a atuação do Estado contemporâneo, o que, conseqüentemente, importará em um novo modo de agir ao magistrado brasileiro.

4. A proeminência contemporânea do Poder Judiciário.

Contemporaneamente, devido a todas as transformações atualmente vivenciadas pelas sociedades ocidentais, tem-se verificado um forte incremento na relevância social da função jurisdicional e, conseqüentemente, um desnivelamento, pelo menos sob o aspecto prático, no equilíbrio entre os Poderes em favor do Judiciário [27], vez que, em última análise, pelo menos nos ordenamentos que adotam o livre acesso à Justiça, tal como ocorre no Brasil devido ao art. 5º, XXXV [28] da Constituição de 1988, o Poder Judiciário será a última via estatal não só para a proteção de direitos não observados

---

[26] Sem se olvidar da competência da jurisdição constitucional dar a última palavra sobre a "interpretação" da Constituição, deve-se considerar o aprimoramento do regime democrático – dialético por ser pluralizante e individualizador ao mesmo tempo – e a evolução social decorrente da densificação de novos direitos – *v.g.*, no Brasil, o reconhecimento de novos direitos pela CR/88 a grupos antes não reconhecidos pela Constituição, tais como crianças e adolescentes, consumidores, idosos, deficientes físicos, minorias políticas, índios, dentre outros - para que a Constituição seja interpretada não só pelo Poder Judiciário, mas por todo e qualquer indivíduo ou grupo social que a ela esteja sujeito, tais como partidos políticos, Igrejas, peritos, grupos de pressão e associações.

Neste sentido, o expresso posicionamento de Peter Haberle, segundo o qual " ...no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição."

HABERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes as Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13

[27] "Essas modernas constituições – com suas inovações institucionais – trouxeram significativos avanços democráticos *e colocaram os Juízes numa nova posição no concerto dos Poderes*, em fenômeno que ficou conhecido como a "politização da Justiça.": [...]." (grifei)

HORBACH, Carlos Bastide. Processo constitucional e democracia: exemplos ibero-americanos. p. 85 Revista de direito constitucional e internacional nº 57 p. 83/99

[28] " A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

espontaneamente pelas demais esferas estatais, como para a preservação de valores sociais importantes inscritos na Constituição [29].

De ver-se, portanto, que um dos principais fatores para a revolução contemporânea vivenciada na atuação do Poder Judiciário encontra-se na função de controle de constitucionalidade [30] que lhe tem sido atribuída pelas Constituições, após a 2ª metade do século XX [31], ressaltando-se que o Brasil, como país ocidental passível de influência pela conjuntura global, não poderia restar imune ao referido fenômeno.

Não há maiores obstáculos em admitir-se que o novo paradigma de importância do Poder Judiciário no Brasil, inclusive com o extremismo daquilo que se tem denominado de "judicialização da política", decorre da aceitação

---

[29] "Observa-se que o Estado moderno passa por profundas transformações nas esferas política e social, culminando num processo de descrença das instituições políticas. O cidadão assiste ao desmoronamento dos referenciais político-institucionais que haviam balizado o Estado moderno. Acrescente-se a este descrédito, a ausência de princípios éticos basilares no agir político. A conseqüência é a despolitização do sujeito e sua fragilidade perante a complexidade da vida moderna. Ocorre a transferência das expectativas frustradas para o Judiciário, instância possibilitadora de resgate dos ideais de Justiça. Como afirma Antoine Garapon, o juiz torna-se não somente o garante dos direitos, mas o responsável pela recuperação da democracia, *o guardião das promessas.*

De fato, a transferência das esperanças para o Judiciário implica que o foco das decisões, especialmente as do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, converta-se em palco preferido para a reabilitação da ética e da plena realização dos direitos fundamentais. A noção de Jurisdição Constitucional aparece com mais clareza: aspira-se a uma legitimação efetiva, apta a convergir os anseios do cidadão, e não apenas os procedimentos atinentes à sua competência, com os direitos proclamados no texto constitucional."

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. Mudança paradigmática no controle constitucional concentrado e difuso provocada pelo experimentalismo institucional do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04. Observatório de jurisdição constitucional. Brasília: IDP, ano 1, jan. 2008. p. 02/03

[30] Segundo Luis Roberto Barroso, o novo marco teórico do direito constitucional recai sobre grandes transformações do direito ocorridas em nosso tempo, dentre as quais ressalta a expansão da jurisdição constitucional, caracterizada pela adoção, na Europa, da experiência americana do *judicial review*, calcada no princípio da supremacia da Constituição, baseada na constitucionalização de direitos fundamentais, os quais passavam a ficar imunes da ação do Poder Legislativo e, conseqüentemente, devendo ser protegidos pelo Poder Judiciário.

Ressalta também o autor para a expansão da jurisdição constitucional no Brasil, a qual, baseada única e exclusivamente à via difusa desde 1891 até 1965, viu-se exponencialmente disseminada e fomentada no direito brasileiro a partir de 1988, por diversos fatores, dentre os quais elenca a "ampliação do direito de propositura" e a "a criação de novos mecanismos de controle concentrado".

BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.

[31] Salvo no caso dos Estados Unidos da América (EUA), no qual o estabelecimento do *judicial review* não decorre de norma expressa da Constituição americana de 1787, mas sim de interpretação da própria Suprema Corte americana no clássico caso "Marbury *vs.* Madson" de 1803.

pacífica do princípio da supremacia da Constituição e da atribuição da função de guardião da Carta de 1988 ao Poder Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal.

Sim, porque se através do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, seja pela via difusa ou pela via concentrada, o Poder Judiciário pode anular os atos dos demais Poderes, se inadequados aos preceitos firmados na CR/88, acaba por constituir-se o juiz no intérprete último da forma como devem atuar os demais poderes, vez que aqueles devem obediência irrestrita à Constituição [32] guardada pelo Poder Judiciário.

Neste contexto, torna-se imprescindível realizar-se uma breve exposição sobre a evolução do nosso controle jurisdicional de constitucionalidade, bem como sobre o fenômeno singular, para não dizer inadequado, que vem ocorrendo no Brasil, qual seja a mitigação da importância do controle concreto de constitucionalidade realizado pelo juiz ordinário.

4.1. O controle jurisdicional de constitucionalidade: a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil e a importância do controle concreto realizado pela via difusa.

O controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário surge, na forma como o conhecemos atualmente, no célebre caso "Marbury *vs.* Madison", de 1803, através do qual a Suprema Corte americana, através do julgamento do *Chief Justice* Marshall e com base no princípio da supremacia da Constituição, chamou para o Poder Judiciário a responsabilidade pelo controle difuso e concreto de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais [33].

Importante ressaltar que o resultado do julgamento em epígrafe, no sentido da própria Suprema Corte americana em reconhecer-se como competente para o exercício do controle de constitucionalidade caracteriza uma expansão unilateral dos poderes jurisdicionais do próprio Poder Judiciário, vez que não havia na Constituição americana qualquer autorização expressa para que aquele Poder realizasse o controle de constitucionalidade das leis [34].

---

[32] Segundo informa Pedro Lessa, citado por Roger Stiefelmann Leal, devido a tais motivos a Suprema Corte norte-americana é concebida como superior aos demais poderes.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Op. Cit.*

[33] " É enfaticamente província e dever do Judiciário dizer que é o direito. Aqueles que aplicam as regras a casos particulares devem, por necessidade, explicar [*expound*] e interpretar as regras(...). Se, portanto, as Cortes devem respeito à Constituição, e a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do legislador, a Constituição, e não esse ato ordinário, deve *'governs the cases'* para a qual ambas se aplicam."

VIERA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 65

[34] " Talvez o maior problema do acórdão lavrado por Marshall no caso Marbury x Madison refira-se ao fato de este juiz negar a possibilidade ao legislativo de expandir seus poderes em relação aos originalmente estabelecidos na Constituição, expandindo a própria Corte os seus,

Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, ainda que nosso controle de constitucionalidade estivesse sob evidente influência do modelo estadunidense, nosso controle de constitucionalidade surge de expressa previsão da Constituição republicana de 1891, sem que, diante das características do próprio estabelecimento da república brasileira por uma elite reinante [35], sem qualquer espécie de participação popular [36], o mesmo importasse em um mecanismo de efetivação da supremacia da referida Carta.

Nesse contexto, Francisco da Cunha e Silva Neto informa que a implantação do Supremo Tribunal Federal, com uma composição de ministros advindos do extinto Supremo Tribunal de Justiça do regime imperial, implicou na falta de consciência de seus ministros, e conseqüentemente na ausência da operacionalização das funções próprias de uma Corte Constitucional, em contradição ao descrito na Constituição republicana de 1891 [37].

Inaugurado sob a via difusa, o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil assim permaneceu exclusivo até a edição da EC 16/65, quando se

---

uma vez que o controle da constitucionalidade não foi, em momento algum, previsto na Constituição americana. Portanto, é resultado, única e exclusivamente, de uma leitura expandida da Constituição americana e posteriormente, na tradição da *commom law*, da ação reiterada dos magistrados. Este poder de controlar a compatibilidade das leis com a Constituição decorre, assim, da jurisprudência americana e não de uma autorização positivada de forma pelo constituinte."

Ibdem. p. 66

[35] "A República se inicia de forma melancólica, densamente autoritária, omissa na questão social, elitista no seu desprezo à conscientização popular. Prenunciava-se, desde que promulgada a nova Carta, a convulsiva instabilidade das instituições, golpeadas logo à primeira hora pelo Marechal Deodoro, que em gesto de força decretou a dissolução das Câmaras Legislativas."

BARROSO, Luis Roberto. Direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 11

[36] " O povo assistiu bestializado à proclamação da República, segundo Aristides Lobo; não havia povo no Brasil, segundo observadores estrangeiros, inclusive os bem informados como Louis Couty; o povo fluminense não existia, afirmava Raul Pompéia. Visão preconceituosa de membros da elite, embora progressistas? Etnocentria de franceses? Mais do que isto. A liderança radical do movimento operário também não parava de se queixar da apatia dos trabalhadores, de sua falta de espírito de luta, de sua tendência para a carnavalização das demonstrações operárias, especialmente nas celebrações de 1º de maio. Quando se tratava do próprio carnaval, os anarquistas não hesitavam em usar a expressão forte de Aristides Lobo: a festa revelava, do lado dos participantes, ignorantes e imbecis, do lado dos assistentes, uma turba de bestializados; nos dois casos, um povo incapaz de pensar e sentir."

CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 140

[37] SILVA NETO, Francisco da Cunha e. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. P. 138 Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI 59 p. 131/145

introduziu o controle concentrado/ abstrato de normas em nosso país, através da outorga do monopólio da chamada "representação de inconstitucionalidade" de lei federal ou estadual em face da Constituição ao Procurador-Geral da República.

Entretanto, tal como noticia Aristides Junqueira [38], o controle concentrado/abstrato de normas, até a edição da CR/88, tinha enorme empecilho a sua utilização com independência, à medida que o Procurador Geral da República (PGR), além de Chefe do Ministério Público Federal, era Chefe da representação judicial da União [39], sendo o titular do cargo de indicação do Poder Executivo e passível de demissão *ad nutum* pelo Presidente da República. Fácil compreender isto, pois, diante do monopólio da ação ao PGR e da situação antes relatada [40], difícil imaginar que o PGR tivesse independência funcional para a propositura de representação de inconstitucionalidade contra atos normativos federais de interesse do Chefe do Poder Executivo, ao qual o mesmo era vinculado e podia lhe exonerar, sem qualquer justificativa.

Portanto, se antes da Constituição de 1988 existia a ação própria ao controle abstrato de normas, inexistente a sistemática constitucional apta a permitir o seu exercício, pois o único legitimado a propositura da ação estava sob o controle político de um dos maiores violadores da Constituição [41].

---

[38] JUNQUEIRA, Aristides. Controle de Constitucionalidade. p. 186/187. *In* CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. (*Org.)* 1988-1998: Uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 185/190.

[39] Situação que perdurou até a instituição da Advocacia-Geral da União, através da Lei Complementar nº 73, de 10/02/1993.

[40] "Reações várias têm-se levantado contra a singularidade e a privatividade da argüição pelo Procurador-Geral da República. Não resta dúvida de que, no sistema atual, sendo o Procurador-Geral da República nomeado pelo Presidente da República(art. 95), sem nem mesmo ratificação pelo Senado, que, anteriormente, se exigia (Constituição de 1967, art. 138), essa vinculação pode significar restrição ao exercício dessa atribuição essencial, quando se trata de texto legal emanado pelo Presidente da República (*v.g.,* decreto-lei), ou de sua iniciativa."

CORRÊA, Oscar Dias. A crise da Constituição, a constituinte e o Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 66.

[41] "Ressalte-se que a implementação da via da ação direta no Brasil, que é algo positivo para a garantia dos direitos dos indivíduos, tinha surgido exatamente no início do regime militar. Cabe compreender a peculiar forma pela qual esse instituto foi acolhido pelo ordenamento jurídico. [...] Atribuído com exclusividade ao Procurador-Geral da República, demissível '*ad nutum*' pelo Presidente, tornou-se um instrumento de pouco valor no controle dos atos inconstitucionais produzidos pelo Executivo ou de interesse deste. O Supremo Tribunal Federal só chegaria a apreciar uma questão de inconstitucionalidade, por via de ação direta, se esse alto funcionário, de confiança do Presidente, assim o quisesse. Surgiu dessa maneira um método de controle concentrado não apenas no sentido técnico-jurídico, mas principalmente político."

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. Cit.* p. 78/79.

Tal situação modificou-se com a CR/88, a qual, além de atribuir ao PGR, exclusivamente, a Chefia do Ministério Público Federal com prerrogativas suficientes ao exercício da função de defensor da sociedade brasileira e da ordem jurídico, realizou uma série de modificações em nosso sistema constitucional, de forma a prever ações de controle abstrato/concentrado de normas.

Mesmo mantida a convivência entre as vias difusa e concentrada de controle de constitucionalidade, é pacífico o entendimento da doutrina nacional de que, após a edição da Constituição da República de 1988 (CR/88), o nosso sistema de controle de constitucionalidade ressalta significativa preponderância ao controle abstrato de normas pela via concentrada, através do estabelecimento de diversas ações diretas de inconstitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do sensível - mas ainda tímido [42] - alargamento dos legitimados para a propositura de tais ações.

Ressalte-se, ainda, que o controle de constitucionalidade brasileiro sofreu, após a edição da Carta de 1988, inúmeros aperfeiçoamentos para a concretização daquela Constituição republicana. Neste contexto, apenas para citar alguns exemplos, veja-se que a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) foi criada pela EC 03/93, tendo sido, recentemente, aperfeiçoada pela EC 45/04; que o procedimento e os efeitos das decisões proferidas em ADI e ADC – apesar de regimentalmente disciplinados no âmbito do STF – somente foram regulados mais de uma década depois através da Lei 9868/99; que, através da Lei 98882/99, foi regulada a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º [43] da CR/88.

Diante das várias recentes modificações constitucionais e legislativas, em especial a EC 45/04, há um nítido movimento de “abstrativização” do controle difuso, de forma a tornar ainda mais preponderantes as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que estas sejam proferidas na via difusa de controle de constitucionalidade. É o que se pode verificar pelas modificações

---

[42] Prevista, originariamente, no art. 102, parágrafo único da CR/88, a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) seria regulada pela Lei 9882/99 como o *Verfassungsbeschwerde* [42] do direito alemão ou como o recurso de amparo [42] do direito espanhol, através dos quais se permite que qualquer cidadão realize, diretamente, perante a Corte Constitucional a defesa de direitos fundamentais afetados pelo Poder Público.

Entretanto, com o veto presidencial ao art. 2°, II e § 2° da Lei 9882/99 – respectivamente conferiam legitimidade a qualquer cidadão para o ajuizamento da ADPF e permitia o manejo de reclamação perante o STF em caso de não atendimento pelo PGR da solicitação do cidadão no sentido de ajuizamento da ação – houve uma indevida restrição à legitimidade popular da ADPF, o que, mesmo sob o prisma da legitimidade ampla, retira a característica de recurso de amparo à referida ação.

Certo é que o veto presidencial aos dispositivos legais em epígrafe causou intensa frustração na comunidade jurídica brasileira, exatamente por continuar inviabilizando o acesso popular ao controle abstrato de normas realizado, de forma concentrada, no Supremo Tribunal Federal.

[43] Renumerado pela EC 03/93.

realizadas no ordenamento, como também pela atual jurisprudência do STF, que vem enfrentando matérias tais como a natureza objetiva do recurso extraordinário (repercussão geral); súmulas vinculantes; a utilização de mecanismos próprios de controle concentrado no controle difuso, tais como *amicus curiae* no recurso extraordinário (RE) em Juizados Especiais Federais e efeitos *ex nunc* em recurso extraordinário; e a limitação da resolução do Senado Federal, determinada no art. 52, X da CR/88, como mera função de publicidade [44].

Este estágio de evidente preponderância da via concentrada no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade tem sido denominado por certos doutrinadores como uma verdadeira "germanização" de nosso sistema de controle, através da qual, mediante a pura transposição de instrumentos de controle de constitucionalidade moldados historicamente no sistema alemão de controle de constitucionalidade, impõe-nos uma "verdadeira desconstrução do sistema difuso".

Este movimento puro e simples, sem considerar as especificidades de nosso sistema misto de controle jurisdicional, não considera a importância que o sistema constitucional brasileiro ainda atribui ao controle concreto/difuso [45] de constitucionalidade [46], através do qual se permite a solução direta da questão constitucional - seja ela normativa ou concreta [47], estatal ou particular [48] - direta

[44] MORAIS, Dalton Santos. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do *amicus curiae* em seu processo. Revista de processo nº 164. Outubro/2008 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[45] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. Cit.* p. 140

[46] Disposta, inclusive, na tutela jurisdicional das liberdades prevista na CR/88, segundo a qual os direitos fundamentais são garantidos por instrumentos processualmente adequados a sua efetivação, tais como as ações de mandado de segurança, de *habeas data*, de *habeas corpus,* de mandado de injunção, de ação popular e de ação civil pública – art. 5º, LVVIII a LXXIII , e art. 129, III da CR/88.

[47] Todos os atos estatais federais, estaduais e municipais em relação à CR/88 serão objeto de controle de constitucionalidade, vez que este não se resume aos atos normativos, os quais podem ser, em essência, impugnados por meio do ajuizamento das ações diretas previstas nos artigos 102, I, a) da CR/88 ou por meio do controle difuso a cargo de cada juiz ou Tribunal brasileiro, de forma incidental ao caso concreto que lhe é submetido a juízo.

É que todo ato estatal, mesmo aquele que não seja de natureza normativa, poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, pela via difusa. Por exemplo, quando o Ministério Público, pretendendo a proteção do direito constitucional difuso a um meio ambiente equilibrado, ajuíza uma ação civil pública contra órgão estadual que concede licenças ambientais, com base em lei flagrantemente inconstitucional, além da própria lei que fundamenta sua expedição, serão também os atos administrativos de concessão de licenciamento objeto de controle de constitucionalidade pelo magistrado responsável pelo caso. Nesta hipótese, portanto, também os atos estatais concretos estão sendo objeto de controle de constitucionalidade, vez que todos os feixes do Estado, inclusive do Estado-administração, enquanto integrantes de Poderes Constituídos, devem obediência à Constituição e à lei, esta enquanto adequada à Carta.

[48] SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

e subjetivamente em relação aos indivíduos que estão sendo por ela infringidos.

Nesse contexto, há que se ressaltar que não há maiores problemas na convivência constitucionalmente estabelecida entre as duas vias de controle jurisdicional de constitucionalidade, se da conjugação de nossa tradição pela ausência de um efetivo sistema de controle, da ausência de atuação do Legislador em assuntos de capital necessidade de regulamentação – *v.g.* fidelidade partidária, aborto de feto anencéfalo, participação eleitoral de políticos com restrições judiciais (”ficha suja”) – e do ativismo judicial que vem desenvolvendo o Supremo Tribunal Federal não decorresse, a quase total sucumbência da via difusa em relação à ascendência [49] do STF como detentor

---

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (...) A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE201819/RJ 2ª Turma Rel. Min. Ellen Gracie Rel. p/acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes j. 11/10/2005 Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 19/08/2008

[49] Ascendência com evidente legitimidade na própria Constituição de 1988, conforme se pode verificar pela passagem de Oscar Vilhena Vieira:

“Ao redefinir as competências as competências do Supremo Tribunal Federal, ampliar a possibilidade de controle material da constitucionalidade de Emendas à Constituição, criar novas garantias constitucionais, alargar a lista de agentes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, o constituinte expandiu o espaço a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto arena política de resolução de conflitos constitucionais. *A constitucionalização de diversos temas, antes à margem de qualquer regulamentação jurídica, ou limitados à legislação ordinária, aumentou as atribuições do Supremo Tribunal Federal, provocando o surgimento de uma nova esfera de conflitos constitucionais, na qual o Tribunal é chamado a intervir.*” (grifei)

Op. Cit. p. 17/18.

da função de guardião da Constituição, em evidente detrimento de tal função constitucional atribuída a todo o Poder Judiciário e, conseqüentemente, a todos os juízes brasileiros - até porque esta não é a única função do STF [50].

Por óbvio, a pretensão conduzida no sentido de esvaziar, integralmente, o controle concreto de constitucionalidade realizado pela via difusa, ou seja por todo e qualquer juiz ordinário, não é consentânea ao modelo de controle estabelecido pela Constituição de 1988, nem com as diversas emendas constitucionais que a alteraram ao longo do tempo, visto que nossa Carta atual vem pretendendo, desde seu texto original, aliar a segurança da via concentrada, onde se realiza a análise do próprio dispositivo legal, com a subjetividade [51] da via difusa de controle, através da qual se permite que o juiz analise a questão constitucional como mero incidente à questão de mérito, questão esta que será, efetivamente, com todos os dramas dos seres humanos que compõem a lide [52], o objeto de seu julgamento.

Esta possibilidade de qualquer indivíduo, de forma tão universal quanto o direito de ação constitucionalmente declarado na Constituição, apresentar ao Poder Judiciário, de forma difusa, a questão constitucional que influencia sua esfera jurídica permite ao magistrado brasileiro apreciar e decidir, concretamente, questões constitucionais tão importantes quanto as que envolvem, por exemplo, direitos fundamentais [53], sob a subjetividade dos

---

[50] Segundo o Ministro Joaquim Barbosa, citado por Carlos Mário da Silva Velloso, "o STF constitui-se em Juiz Constitucional, Tribunal da Federação, Juiz que julga a Administração Pública, assim juiz administrativo, juiz penal, Alta Corte de Justiça (julga o Presidente da República e os membros do Congresso Nacional nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas), Tribunal de Conflitos, Juiz de Execução e Autoridade Judiciária não contenciosa."

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *La Cour Suprême dans lê Système Politique Brésilien. Apud* VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. p. 196 *In* SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) 15 anos de Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 191/202.

[51] "Há uma subjetivação no sistema ou, se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o direito está posto não para atender aos problemas abstratamente colocados. O direito está a serviço do indivíduo, do homem, e o controle concreto é aquele que mais bem representa essa idéia."

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. RT 819/50 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[52] Neste mesmo contexto André Ramos Tavares entende ser adequado conceder maior importância à classificação do controle de constitucionalidade calcada na legitimação das pessoas para a iniciativa ou impulso da ferramenta processual de controle do que aquelas "que fazem repousar as diferenças na composição ou filiação do órgão, ou nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade".

TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.*

[53] "(...) não há como se discutir direitos fundamentais sem que haja um sistema constitucional que admita correções da integridade constitucional via controle difuso. Cremos que, ao se reconhecer os direitos fundamentais como cerne básico do direito constitucional, há que se

dramas reais das partes da demanda e com todo o conhecimento dos fatos do litígio que o ferramental processual e a sua disposição em adotar o princípio da cooperação [54] lhe permite conhecer.

4.2 - A "judicialização da política".

O fenômeno assim denominado pode ser caracterizado como a submissão ao Poder Judiciário de questões políticas e legislativas que, no modelo clássico de tripartição de poderes, competiria aos demais Poderes a solução [55].

Devido a tais fatores e à inércia do demais Poderes em solucionarem questões que lhe podem trazer determinados prejuízos políticos, ou até mesmo institucionais, tais temas acabam por serem submetidos ao Poder Judiciário pelos agentes sociais legitimados pela Constituição para tanto. Podem ser classificados, como exemplos relevantes de tais questões, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária [56], sobre o aborto de

---

reconhecer também uma adequada processualização desta matéria e que, insista-se, só logrará resultados satisfatórios dentro de um arcabouço democrático e humano via implementação do controle difuso, até para que não se tenha a hipertrofia da jurisdição de modelo concentrado e monopolístico.(...)"

SILVA NETO, Francisco da Cunha e. *Op. Cit.* p. 131/145

[54] O dever de cooperação "orienta o magistrado a tomar uma posição de agente colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras."

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. Revista de processo nº 127. São Paulo: RT, 2007.

[55] "A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse político'."

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista brasileira de ciências sociais. V. 12. Nº 34 junho/1997.

[56] "(...) Na espécie, a impetração mandamental fora motivada pela resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE à Consulta 1.398/DF na qual reconhecera que os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, se, não ocorrendo razão legítima que o justifique, registrar-se ou o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido. Entendeu-se correta a tese acolhida pelo TSE. [...] Asseverou-se que o direito reclamado pelos partidos políticos afetados pela infidelidade partidária não surgiria da resposta que o TSE dera à Consulta 1.398/DF, mas representaria emanação direta da própria Constituição que a esse direito conferiu realidade e deu suporte legitimador, notadamente em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apóia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, I, II e V). (...) Afastou-se a alegação de que o Supremo estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional, por competir a ele, guardião da Constituição, interpretá-la e, de seu texto, extrair a máxima eficácia possível."

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Infidelidade partidária e vacância de mandato. Informativo STF nº 482, de 1º a 5 de outubro de 2007. Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 31/08/2008

feto anencéfalo [57] e sobre o direito de greve dos servidores públicos [58], vez que, devido à inércia dos Poderes competentes para a resolução legislativa das matérias, foi o Poder Judiciário, através do STF, obrigado a pronunciar-se sobre as referidas questões para efetivar as determinações constitucionais a respeito.

5. Os novos marcos da função jurisdicional no Brasil: a complexidade da atuação judicial contemporânea.

O juiz contemporâneo atuará sob a exigência social por uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, sem olvidar, entretanto, a necessidade de subordinar-se às condições materiais e às formalidades processuais determinadas pela própria Constituição, dentre estas a estrita observância à ampla defesa e ao contraditório.

Tanto em quantas várias outras condições de aparente conflito, aqui se evidenciam os valores dialéticos que caracterizam as sociedades contemporâneas, plurais e complexas, e encontram-se protegidos constitucionalmente, em última análise sob a batuta do magistrado, membro do Poder, por excelência, guardião da Constituição.

Exatamente por isto, tais valores constitucionais impõem sua observância não só aos jurisdicionados como também ao próprio Estado-juiz [59], importando "uma postura mais ativa dos operadores do direito e em especial do Poder Judiciário, o qual deve sempre que possível, buscar ser criativo e comprometido com a justiça social, especialmente porque uma sentença, como

---

[57] "ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. (...). "

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF-QO 54/DF Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 27/04/2005 Disponível em < http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 28/10/2008.

[58] MORAIS, Dalton Santos. A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos. *In* Informativo de Direito Administrativo e LRF. Curitiba : Zênite. IDAF nº 82 maio/2008.

[59] "(...) a perspectiva constitucional do processo veio contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre as duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias "formais" e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional."

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo valorativo. Revista de Processo nº137 São Paulo: RT, 2007. p. 15/16.

toda a atividade jurisdicional, não pode ser aceita como simples produto de um pensamento mecanicista, devendo ser sim, fruto de um juízo valorativo que representa uma função global e unitária em que os vários aspectos inerentes à sociedade se solidarizam; não mais se aceita uma decisão vinculada de modo inocente e autônomo "à ideologia inserida na lei"." [60]

5.1. Delimitação da presente análise no controle concreto/difuso de constitucionalidade.

O fato da abordagem realizada no presente trabalho estar relacionada à função jurisdicional desempenhada pelo juiz ordinário durante o controle concreto de constitucionalidade deve-se às especificidades do processo típico das ações diretas de constitucionalidade.

O referido processo das ações diretas de constitucionalidade, que tem como objeto atos normativos em tese e como finalidade a proteção abstrata da constitucionalidade daqueles atos, possui características que o individualizam sob a ótica do exercício da jurisdição constitucional, conforme será plenamente demonstrado a seguir.

A maior particularidade do processo das ações diretas de constitucionalidade recai sobre a sua própria natureza objetiva [61], que o torna um processo sem partes e, exatamente por conta disto, não sujeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, apesar de tão caros e inarredáveis em qualquer outro processo de natureza subjetiva.

O processo das ações diretas de constitucionalidade é também individualizado pelos efeitos que são típicos às decisões nele proferidas, quais sejam as eficácias *erga omnes* [62], *ex tunc* [63] e vinculantes [64] [65] das decisões finais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ADIn's e ADC's.

---

[60] CATALAN, Marcos José. *Op. Cit.*

[61] E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS: SITUAÇÃO INOCORRENTE NA ESPÉCIE. CONSEQÜENTE IDONEIDADE JURÍDICA DO MEIO PROCESSUAL UTILIZADO. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. **O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º).** (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI/MC-QO 2551/MG Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/2003 Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em 27/06/2008.

[62] Art. 28, parágrafo único Lei nº 9.868/99.

[63] Art. 27 da Lei 9868/99.

[64] Art. 28, parágrafo único Lei nº 9.868/99 e art. 102, § 2º da CR/88 incluído pela EC 03/93 e com nova redação pela EC 45/04.

Há inúmeras outras particularidades no processo objetivo típico das ações diretas de constitucionalidade. Veja-se, por exemplo, que a medida de urgência a ser concedida em uma ação direta de inconstitucionalidade não tem por finalidade assegurar um determinado direito subjetivo à efetividade do processo ou à antecipação dos efeitos de um direito discutido em juízo, mas sim a suspensão da eficácia – para alguns autores até mesmo da vigência [66] - do dispositivo normativo impugnado, enquanto a Corte Constitucional discute a sua constitucionalidade.

Ainda no contexto da decisão liminar na ação direta de inconstitucionalidade, observe-se que, apesar de adotar os requisitos normalmente estabelecidos pela legislação vigente para a concessão das medidas de urgência, o Supremo Tribunal Federal entende pela possibilidade de substituição da probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação por um denominado "critério de conveniência", vez que a manutenção da eficácia do ato normativo impugnado pode "(...) ensejar o exame sob o ângulo da conveniência da concessão da liminar, perquirindo-se os aspectos em questão para definir-se aquele que mais se aproxima do bem comum." [67]

---

[65] QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA**.** 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. (...)."

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl-AgR nº 1880/SP Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa j. 07/11/2002. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 18/01/2008.

[66] "(...) a possibilidade, admitida pelo Tribunal, de que conceda, ainda que em casos excepcionais, a cautelar com eficácia *ex tunc,* e a aceitação, pela Corte, da idéia segundo a qual, concedida a liminar, restaura-se a vigência do direito eventualmente revogado, revelam, em verdade, que já no juízo de liminar se cuida de uma questão de vigência da norma questionada. [...] Portanto, a medida cautelar deferida em processo de controle de normas opera não só no plano estrito da eficácia, mas também no plano da própria vigência da norma. (...) Não há dúvida, pois, de que a suspensão liminar da eficácia da lei ou do ato normativo equivale, portanto, à suspensão temporária de sua vigência."

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Min. Gilmar Ferreira Mendes Rcl 2256/RN Pleno. j. 11/09/2003 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06/11/2008.

[67] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 768/MC Pleno. Rel, Min. Marco Aurélio. j. 07/10/1992. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06/11/2008.

Ainda no contexto das características específicas do processo de controle abstrato/concentrado de normas, veja-se a natureza dúplice das ações diretas de controle, que reconhecida não só pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas também pela própria legislação vigente [68], permite que qualquer que seja a ação empregada – ADIn ou ADC – a Corte possa tanto declarar a inconstitucionalidade de uma norma, retirando-a do ordenamento jurídico, como tornar absoluta – *jure et jure* – a presunção relativa – *juris tantum* - de constitucionalidade da norma impugnada.

Note-se ainda que, apesar de o Supremo Tribunal Federal posicionar-se pela natureza declaratória da decisão proferida em ADIn [69], com base no fundamento da nulidade absoluta da lei inconstitucional - decorrente da teoria clássica do *judicial review* de que o juiz não torna a lei inconstitucional, mas apenas declara uma inconstitucionalidade que já lhe existia e foi apresentada como objeto de decisão –, a Lei nº 9.868/99, regulamentadora do processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade, em seu art. 27, normatizou este caráter declaratório das decisões proferidas em ações diretas de constitucionalidade, atribuindo-lhe eficácia retroativa - *ex tunc*, mas atenta à insuficiência da teoria da nulidade [70] do ato inconstitucional para a

---

[68] Art. 24 da Lei nº 9.868/99 – "Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória."

[69] "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - EFICACIA RETROATIVA - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO "LEGISLADOR NEGATIVO" - REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO - PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS - PREJUDICIALIDADE.
O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da constituição. esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de "menor" grau de positividade jurídica guardem, "necessariamente", relação de conformidade vertical com as regras inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. - a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos validos - a possibilidade de invocação de qualquer direito. - a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao supremo tribunal federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal invalida e desconforme ao modelo plasmado na carta política, com todas as conseqüências dai decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. esse poder excepcional - que extrai a sua autoridade da própria carta política - converte o supremo tribunal federal em verdadeiro legislador negativo.(...)." (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 652/MA Pleno. Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/1992 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05/11/2008

[70] A insuficiência da teoria da nulidade do ato inconstitucional, que já era expressa na jurisprudência norte-americana, pode ser visualizada em julgamento recente do próprio Supremo Tribunal Federal. Após modificar radicalmente seu posicionamento para considerar

complexidade dos problemas modernos permitiu a adoção de técnicas de decisão aptas a conferir efeitos *ex nunc , pro tempore* ou *pro futuro* em casos de excepcional interesse público e/ou razões para preservação da segurança jurídica, caso reconhecidas por, no mínimo, 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Outro exemplo de especificidade do processo das ações diretas de constitucionalidade pode ser evidenciado no fato de a "Interpretação conforme a Constituição", enquanto técnica de decisão em controle abstrato de normas similar à "declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto" [71], ficar adstrita ao Supremo Tribunal Federal, vez que a jurisdição ordinária somente pode manejá-la como postulado de interpretação segundo o qual, em decorrência do princípio instrumental da presunção de constitucionalidade dos atos normativos [72], existindo mais de uma interpretação possível ao ato normativo, deve-se buscar aquela que o compatibilize com a Constituição, ainda que não seja obviamente aquela que decorra do seu texto. É que, se utilizada como técnica de decisão, pela jurisdição ordinária, tal situação

---

inconstitucional o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime em crimes hediondos (HC 82.959/SP Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 23/02/2006 DJ 01/09/2006 p. 18) – a nosso ver, fruto da considerável renovação de seus ministros em 2005 -, mesmo sendo fiel à teoria da nulidade do ato inconstitucional, a Corte aplicou eficácia *erga omnes* e *ex nunc* à mencionada decisão proferida em recurso extraordinário, em contradição às tradicionais eficácias *inter partes* e *ex tunc,* quanto a esta última para evitar que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, com os regulares efeitos pretéritos, invalidasse todas as vedações a progressões de regime em crimes hediondos, permitindo-se ao juiz de execução penal individualizar a questão da inconstitucionalidade na vedação da progressão pela natureza do crime. Ou seja, se o preso estivesse impedido de progredir de regime por outros óbices de natureza legal, a declaração de inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime pela natureza hedionda do crime, com efeitos *ex nunc,* não impediria ao juiz da execução penal em mantê-lo preso em regime mais grave por outras determinações legais que não o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

[71] "Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle)* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*). "

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 286

[72] Ante a deferência política devida pelos Poderes uns aos outros, consubstanciado no princípio da separação dos poderes, este princípio funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deve ser declarado inconstitucional quando a sua invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. p. 35/40.

obrigaria que tais decisões fossem submetidas à cláusula de reserva de plenário [73], situação que inviabilizaria o controle difuso de constitucionalidade atribuído a todo e qualquer juiz pela Constituição vigente.

Também como exemplo evidente das especificidades do processo das ações diretas de constitucionalidade, de ressaltar-se a adoção da chamada "inconstitucionalidade por arrastamento" [74] – também denominada Inconstitucionalidade seqüencial ou por atração – pelo Supremo Tribunal Federal [75] nos casos em que será declarada, seqüencialmente, a inconstitucionalidade de outro dispositivo legal com estrita relação de dependência com o preceito legal declarado como inconstitucional, sem que haja requerimento neste sentido na petição inicial, o que, em processo subjetivo, representaria verdadeira heresia ao princípio da inércia jurisdicional, segundo o qual a Corte deveria limitar-se aos dispositivos normativos que, expressamente, constassem do pedido inicial.

De ver-se, portanto, que, diferentemente do que ocorre com todos os demais processos de natureza subjetiva, onde não é possível individualizar a jurisdição constitucional que será realizada pelo juiz ordinário, mediante o controle concreto de constitucionalidade pela via difusa, o processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade possui especificidades aptas a individualizá-lo cientificamente, pois nela a proteção objetiva da Constituição é o único e exclusivo objeto do processo constitucionalmente fixado para tanto.

---

[73] Art. 97 da CF/88 – "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

[74] "A inconstitucionalidade conseqüente opera em cascata, através da propagação da relação de desvalor de uma norma principal, para as normas dela dependentes.(...) em casos em que uma norma principal tenha sido previamente julgada inconstitucional, e seja depois impugnada, por via principal, uma norma dela dependente, precisamente em razão da relação de instrumentalidade que guardaria com a primeira, o Tribunal tem procedido à declaração de inconstitucionalidade subseqüente da segunda."

MORAIS, Carlos Blanco. Justiça constitucional. *Apud* MENDONÇA, Andrey Borges de. Inconstitucionalidade por arrastamento ou por conseqüência. *In* Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade. Marcelo Novelino (Org.) Salvador: Podivm, 2007. p. 162/163.

[75] "(...) No mérito, tendo em conta que os dispositivos possuíam teor análogo, que a causa de pedir era idêntica e, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade dos artigos impugnados na inicial acabariam por atingir os acrescidos no parecer, tornando-os inaplicáveis, retificou-se o voto anteriormente proferido e declarou-se a inconstitucionalidade dos artigos 22 e 28 ***e, por arrastamento, das expressões*** "acrescida e calculada juntamente com a Taxa Judiciária e quotas para a Associação Cearense dos Magistrados, para a Associação Cearense do Ministério Público e para a Caixa de Assistência dos Advogados", constante do caput do art. 5º, e "outra para o recolhimento dos valores destinados aos órgãos de classe especificados no Art. 5º desta Lei", contida no parágrafo único do art. 25, todos da Lei 12.381/94

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 2982 QO/CE Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17/06/2004 Informativo STF nº 352, de 14 a 18/06/2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05/11/2008

Em sendo assim, de ver-se que, apesar de o juiz da Corte Constitucional estar tão subordinado ao cumprimento da Constituição quanto o juiz ordinário, fato é que processo típico das ações diretas de constitucionalidade tem características que individualizam a prestação jurisdicional realizada pelos magistrados atuantes nas Cortes Constitucionais, tais como plenamente demonstrado anteriormente, hipótese em que a análise ora empreendida quanto à subordinação do magistrado contemporâneo aos parâmetros constitucionais dar-se-á no controle concreto/difuso de constitucionalidade, onde o juiz deparar-se-á, dentre outras, com problemáticas como a atual utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador na produção do ordenamento jurídico positivado e com os "casos difíceis", que, normalmente, decorrentes da colisão de direitos fundamentais podem ser solucionados pela complexa técnica de decisão denominada ponderação de valores, conforme se verá a seguir.

5.2. A principialização do direito e as normas-regras dotadas de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados.

Com base no princípio da supremacia da Constituição e no reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, boa parte da doutrina brasileira, influenciada pelas idéias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, propugna o entendimento de que um ordenamento jurídico balanceado deve ser constituído tanto de regras, quanto de princípios.

Segundo Luis Roberto Barroso, ultrapassadas as fases jusnaturalista e positivista do direito, onde, respectivamente, os princípios eram abstratos, sem normatividade e confundidos com os valores sociais, e onde os princípios passaram a fazer parte dos Códigos como fonte normativa subsidiária, mas ainda com uma forte carência normativa [76], na fase pós-positivista do direito os princípios representariam os vetores da Constituição, estando situados no ápice do ordenamento, indicando a interpretação que deveria ser dada às demais normas vigentes [77].

Assim, para o autor, "A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central." [78]

Também com este posicionamento, expõe Paulo Bonavides, precursor de tal doutrina no Brasil, que "O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua

[76] *V.g.*, a disposição contida no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

[77] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *In* A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[78] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro.

normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais." [79]

Para a referida doutrina dos princípios, às regras caberia a realização da função de segurança jurídica, enquanto aos princípios caberia a função de realização de Justiça no caso concreto [80], função esta baseada na sua maior flexibilidade e na influência da carga valorativa que os informa, bem como na sua imperatividade, haja vista serem espécie de norma, a qual tem como uma de suas principais características condicionar a atividade hermenêutica do intérprete.

Nesta esteira, a referida doutrina brasileira, também com suporte nos autores estrangeiros já mencionados, pretendeu fixar critérios para a configuração dos princípios de direito e, especialmente, para a sua distinção em relação às regras jurídicas. Segundo esta doutrina, Ronald Dworkin [81] prega a distinção dos princípios e regras a partir de um aspecto lógico, vez que para o referido autor norte-americano "Ambos (regras e princípios) estabelecem *standards* que apontam para decisões particulares relativas a obrigações jurídicas em determinadas circunstâncias, mas diferem quanto ao caráter da orientação que estabelecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se os fatos que a regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou então não é, caso em que nada contribuirá para a decisão." [82]

---

[79] BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 289.

[80] Ademais, segundo a mesma autora, outra forma de diferenciar as referidas espécies normativas decorre do fato de que, "como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para a *justiça* possa ser alcançada."

BARCELLOS, Ana Paula de. "Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional." *In* A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas." Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p. 49/118.

[81] A teoria de princípios de Ronald Dworkin foi concebida em oposição - "*general attack on positivism*"- ao posicionamento de Hebert Hart para quem, naquelas ocasiões em que não reveladas normas jurídicas aplicáveis ao caso sob exame do juiz, os chamados "casos difíceis" ou *hard cases*, estes seriam resolvidos discricionariamente pelos juízes, com base nas suas preferências morais, sem a aplicação de norma jurídica alguma.

Sob a teoria do referido autor norte-americano, construída no final da década de 60, mesmo os casos difíceis ou controvertidos seriam resolvidos à luz do Direito, vez que o ordenamento seria constituído de "regras" e "princípios" e estes enunciariam "razões de decidir" passíveis de utilização em vários outros casos, sob a análise da "dimensão do peso".

[82] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A Estrutura Normativa das Normas Jurídicas *in* Os Princípios da Constituição de 1988. (Org.) Antônio Cavalcanti Maia. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

Já Robert Alexy - embora o faça em contexto teórico diverso de Ronald Dworkin - também diferenciaria regras e princípios, sob o aspecto lógico ou qualitativo. Para o referido autor alemão, a distinção entre princípios e regras é melhor evidenciada a partir dos casos de colisão entre as normas, já que os conflitos entre regras são solucionados com base nos aspectos de validade da norma, considerando-se os critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade, enquanto os conflitos entre princípios são solucionados a partir da ponderação quanto ao peso de cada princípio, consideradas as circunstâncias do caso concreto. Significa dizer que, no conflito entre princípios, não haveria a extinção do princípio de menor adequação valorativa à hipótese do caso concreto, mas tão somente o seu afastamento, continuando o mesmo inserto no ordenamento jurídico vigente, podendo ser aplicado em outro caso concreto em que sua carga valorativa seja mais adequada.[83]

Com base em tais posicionamentos doutrinários, poder-se-ia evidenciar dois critérios para a distinção entre princípios e regras, quais sejam a forma de aplicação e o conflito de normas e sua solução. Segundo o critério da forma de aplicação, considerando-se o ensinamento de Robert Alexy de que os princípios podem ser caracterizados como *mandados de otimização*, os mesmos poderiam ser implementados segundo várias escalas de concretização, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvam o caso concreto. Já as regras imporiam uma exigência que é ou não cumprida, não se permitindo a sua concretização em diversos graus, tal como ocorre nos princípios.

Sob essa ótica do critério do conflito de normas e sua solução, portanto, a distinção entre princípios e regras seria feita no tocante à convivência entre princípios de maior ou menor peso, ainda que opostos em dado caso concreto, enquanto as regras antinômicas excluir-se-iam do ordenamento jurídico, face à perda de validade da regra não aplicável ao caso concreto.

De ver-se, portanto, que a doutrina brasileira, e a portuguesa [84], que se fundamenta na obra de Ronald Dworkin e Robert Alexy, defende como critérios universais para a distinção entre regras e princípios, fato este que inevitavelmente influenciaria a atuação judicial no caso concreto, o "modo final de aplicação da norma" e a "solução do conflito normativo".

Empregados tais posicionamentos como as soluções "modernas" para a solução do conflito de normas de espécies distintas, conflitos estes decorrentes da nova compreensão dos princípios de direito enquanto normas jurídicas – que, se índole constitucional, seriam de natureza suprema a todas as demais normas - têm sido os referidos argumentos rebatidos com acurada perspicácia por doutrinadores brasileiros.

Dentre esses, Humberto Ávila tem sustentado a insuficiência de tais critérios para a distinção entre regras e princípios, vez que a questão dos princípios não

---

[83] *Ibdem.*

[84] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A "principialização" da jurisprudência através da Constituição. Revista de processo nº 98 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 83/89.

se resume a denominação de uma dada norma como princípio, muito menos a conceder preponderância normativa a estes [85]. Isto porque, segundo o autor, não é possível dar-se proeminência interpretativa a uma dada norma apenas por designá-la como princípio [86], sob pena de impedir a valoração das regras, bem como de suprimir-se a eficácia de tais espécies de normas, que, tais como os princípios, possuem uma função primordial no sistema jurídico [87].

O autor evidencia a insuficiência do critério do "modo final de aplicação" através da demonstração de que o conflito entre regras também é passível de solução sem o afastamento da regra em contradição – não revogação –, através da restrição ou ampliação da regra com base na razão que fundamenta a própria regra – *"rule's purpose"* – ou com base em razões de outras regras – *"overrruling"* [88] [89].

---

[85] " [...] A pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina-a de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo sua eficácia; com a intenção de aumentar a valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio do decisionismo; com a intenção de difundir uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina qualifica aquelas normas julgadas mais importantes como princípios, mas, ao fazê-lo com a indicação de que os princípios demandam aplicação intensamente subjetiva ou flexibilizadora em razão de funções contrárias, lança bases para que o conservadorismo seja legitimado."

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 91

[86] Em contradição a esta argumentação, veja-se o posicionamento, sem maior embasamento científico, de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a definição de "princípio" e de sua importância:

" (...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...) violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos."

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 912/913

[87] ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* p. 88/91

[88] *Ibdem.* p. 47

[89] O autor fundamenta sua exposição em caso concreto examinado pelo Supremo Tribunal Federal, onde houve o afastamento da regra do art. 224 do CP, segundo a qual há presunção incondicional de violência no crime de estupro quando a vítima tem menos de 14 anos, quando de julgamento em que se precisou levar em conta relevantes circunstâncias do caso concreto não previstas na norma, dentre as quais a aquiescência da vítima e o estabelecimento de relação familiar de mais de 10 (dez) anos entre vítima e réu por casamento.

Já a insuficiência do critério da "solução do conflito normativo" decorreria do fato de a ponderação não ser método privativo de aplicação de princípios [90], vez que mesmo a mais precisa formulação do legislador é potencialmente imprecisa no processo de sua aplicação, levando o julgador à necessidade de perquirir os fins e as razões de aplicação da norma ao caso concreto, até porque não só os princípios possuem uma dimensão de peso, pois a atribuição de pesos – axiologicamente falando - não se aplica ao tipo de norma, mas sim aos fins e razões que fundamentam a aplicação da norma [91] [92].

Em nossa opinião, tem razão o referido autor à medida que, ou com a finalidade de permitir a adequação da disposição legal a situações fáticas distintas das que lhe deu origem ou com o fim de permitir a ampla regulamentação técnica da disposição legal, o ordenamento jurídico contemporâneo tem sido caracterizado pela edição de dispositivos legais dotados de conceitos jurídicos indeterminados, sem que isto represente o

---

No referido caso, conforme noticia o autor, o STF entendeu não estar configurado tipo penal, e conseqüentemente afastou a aplicação da regra do art. 224 do CP, apesar de concretizados todos os seus requisitos normativos, sem que a mesma perdesse validade no plano abstrato.

Ibdem. p.45.

[90] "Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir uma exceção a uma delas. Não há exigência de colocar uma regra dentro e outra fora do ordenamento jurídico. O que ocorre é um conflito concreto entre as regras, de tal sorte que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar; ou prevalece a finalidade de preservar a vida do cidadão, ou se sobrepõe a finalidade de garantir a intangibilidade da destinação já dada pelo Poder Público às suas receitas. Independentemente da solução a ser dada – cuja análise é ora impertinente – trata-se de um conflito concreto entre regras, cuja solução, sobre não estar no nível de validade, e sim no plano da aplicação, depende de uma ponderação entre as finalidades que estão em jogo."

Ibdem. p. 53/54.

[91] *Ibdem.* p. 51/53

[92] Aqui também o autor fundamenta a insuficiência de critério por ele sustentada através da exposição de caso concreto examinado pelo Supremo Tribunal Federal em hipótese de conflito normativo entre a regra contida no art. 1º da Lei 9.497/97, com presunção absoluta de constitucionalidade declarada pelo STF na ADC/MC nº 04/DF, segundo a qual se proibiria a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público para o fornecimento de medicamentos, e determinada regra contida em lei estadual que obrigaria o Poder Público a fornecer, gratuitamente, medicamentos excepcionais a pessoas que não pudessem custear as despesas com tais medicamentos.

Para o autor, em que pese as regras em epígrafe determinarem, abstratamente, comportamentos contraditórios do Poder Público, as referidas normas somente revelarão conflito normativo na sua aplicação no caso concreto, hipótese em que se poderá resolver o conflito normativo através da ponderação das finalidades das normas, sem que isto imponha a declaração de revogação abstrata de uma das normas, o que evidencia o caráter de peso também das regras.

Ibdem. p. 53/54.

estabelecimento de um princípio de direito e, conseqüentemente, represente o afastamento da natureza de regras destas referidas normas [93].

Veja-se que, apesar de regularmente entendidos os artigos 14 [94], 17 [95] e 18 [96] do CPC como regras, será imprescindível que, diante de expressões como *resistência injustificável*, *intuito protelatório*, *proceder de modo temerário*, *incidentes manifestamente infundados*, *cientes de que são destituídas de fundamento*, realize o juiz enorme esforço interpretativo, no exame do caso concreto, para a aplicação da multa processual por litigância de má-fé, visando assegurar o princípio da cooperação processual, corolário do contraditório, em detrimento da ampla defesa da parte apenada.

---

[93] "[...] há que se ressaltar que analisadas do ponto de vista da técnica legislativa, as cláusulas gerais, que não se confundem com os princípios, constituem-se em disposição normativa que utiliza em seu enunciado uma linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizada pela extensão de seu campo semântico, dirigida ao juiz de modo a outorgar-lhe um mandato que lhe permita criar, quando defronte dos casos concretos, normas jurídicas mediante o reenvio dos elementos que podem até estar no sistema ou fora dele[...]."

CATALAN, Marcos José. *Op. Cit.* p. 82

[94] Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
II - proceder com lealdade e boa-fé;
III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;
V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.
Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

[95] Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
II - alterar a verdade dos fatos;
III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

[96] Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.
§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.
§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Mediante o referido exemplo pode-se perceber que a flexibilidade das cláusulas gerais, caracterizadas pelo emprego de expressões ou termos abertos ou ainda por conceitos jurídicos indeterminados, especialmente no seio de sociedades plurais como as contemporâneas, indicará ao intérprete, especialmente ao juiz, apenas uma trilha para o trabalho hermenêutico, através da apresentação de um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço em que se realiza o processo de interpretação. Ou seja, apresentado um norte de interpretação ao juiz pela regra dotada de cláusulas gerais, será imprescindível que o magistrado desempenhe o esforço interpretativo necessário à aplicação dos fins e razões da norma ao caso concreto [97].

Percebe-se, portanto, que, apesar de a doutrina ter tentado estabelecer uma margem de segurança interpretativa através do estabelecimento de uma teoria dos princípios, a referida teoria não é suficiente para ilidir a complexidade contemporânea na aplicação do direito, em especial pelo magistrado na solução de casos decorrentes de conflitos de normas constitucionais, pois o simples fato de denominar-se uma norma como regra não permite ao intérprete aplicar o direito sem aferir os fins e as razões que fundamentam a aplicação da norma ao caso concreto, ainda mais em se considerando a possibilidade da instituição de regras com conceitos jurídicos indeterminados, hipótese em que o esforço de interpretação será igual ou maior ao necessário para a resolução de um conflito normativo entre princípios.

Assim, de ver-se que, nas sociedades plurais contemporâneas, nem mesmo o estabelecimento de normas através de regras - em especial, se estas forem dotadas de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados - torna possível a resolução do caso concreto sem que o juiz considere todas as nuances da situação fática que lhe é apresentada, pois, em certos processos de interpretação, as regras postas no ordenamento não serão suficientes para a resolução do caso concreto, cabendo ao juiz um esforço interpretativo maior do que simplesmente revelar o dispositivo legal aplicável ao caso concreto que lhe foi submetido [98].

5.3. Os “casos difíceis”: colisão de direitos fundamentais e ponderação de valores.

Contemporaneamente, a Constituição é o marco jurídico-político de estabelecimento de direitos fundamentais, com a natureza de verdadeiras cláusulas pétreas [99], os quais devem ser necessariamente observados

---

[97] ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* p. 82/83

[98] BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.*

[99] “(...) a consagração de direitos fundamentais pelas constituições passou a representar um espaço inacessível aos Parlamentos, porque as diversas declarações que foram sendo incorporadas a um patrimônio cultural da humanidade (na perspectiva ocidental) procuravam assegurar determinados direitos do indivíduo contra eventuais práticas espúrias do Legislador (direitos públicos subjetivos como regras negativas de competência do Estado). Como observou Freeman “por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa.” Essa contraposição entre democracia e direitos fundamentais acabaria por legitimar ainda mais uma atuação menos circunstancial da Justiça

durantes os processos majoritários de formação das vontades político-administrativa do Estado brasileiro e da atuação de todos os demais agentes atuantes na sociedade brasileira [100].

Assim, se na Constituição estão declarados os referidos direitos fundamentais e compete ao Poder Judiciário a guarda da Constituição, caberá ao referido Poder, através do juiz, controlar a sua observância pelos Poderes Executivo e Legislativo, bem como pelos agentes integrantes da sociedade brasileira.

Nesse contexto, tratando-se a Constituição de um conjunto normativo dialético [101], decorrente da adoção de múltiplos valores e de um sistema político multipartidário por uma sociedade plural como a brasileira, e ainda caracterizado por normas abertas ou principiológicas, de ver-se que, freqüentemente, o juiz será instado a decidir demandas onde ocorre a colisão entre normas, que apesar de concretizarem valores contrapostos, são albergardas pela Constituição.

Vejam-se os exemplos indicados por Luis Roberto Barroso para evidenciar conflitos entre as normas constitucionais que resguardam os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à proteção à própria honra e imagem, que, se apresentados pelos jurisdicionados afetados, precisariam ser decididos em juízo durante o controle concreto/difuso de constitucionalidade:

> a) Uma jovem faz *topless* na Praia Mole, em Florianopólis, Santa Catarina. Jornal de Grande circulação publica uma foto da jovem. Tem ela direito a indenização por uso indevido de sua imagem?
> (...)
> c) Caso Doca Street. Protagonista de um crime passional que marcou época no Rio de Janeiro, condenado a 15 anos de prisão. Quando uma emissora de televisão

---

Constitucional (e que, posteriormente, vai se expandir para outras áreas além dos direitos fundamentais)."

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. p. 159 *In* Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. André Ramos Tavares (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2007. P. 153/172

[100] Há inúmeros autores brasileiros - Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz, dentre outros - que baseados no entendimento de Robert Alexy acerca da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entendem que também os particulares, e não somente o Poder Público, estariam submetidos aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

De ressaltar-se, inclusive, que este tem sido o posicionamento adotado pelo STF, conforme se verifica pelo RE 201819/RJ 2ª Turma Rel. Min. Ellen Gracie Rel. p/acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes, já referenciado anteriormente, no qual se entendeu que não seria possível a exclusão de associado de cooperativa, sem antes conceder-lhe o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório.

[101] BARROSO, Luís Roberto. Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores. p. 525 *In* Temas de direito constitucional. Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 519/535.

> decidiu realizar um programa romanceando o episódio, após o réu haver cumprido a pena e já estando ressocializado, ele procurou impedir a exibição. (...) [102]

Não há nenhuma dificuldade em perceber que são casos – diga-se de passagem, freqüentemente - submetidos ao Poder Judiciário, como fruto da regulação dos valores em contraposição por normas constitucionais declaradoras de direitos fundamentais, no caso específico dos exemplos acima, de um lado o art. 5º, IX e XIV e art. 220, *caput* e § §1º 3º; de outro o art. 5º, X, todos da Constituição de 1988.

Tais conflitos normativos são espécie do que a doutrina denomina como "casos difíceis" – *hard cases* [103] -, espécie de lide onde o conflito normativo não pode ser resolvido pelos critérios tradicionais de interpretação jurídica, quais sejam os da hierarquia [104], cronologia [105] e especialidade [106]. Nestes conflitos, tem a doutrina constitucionalista propugnado a utilização de métodos específicos de interpretação constitucional, que originados no direito constitucional alemão, têm sido utilizados no Brasil para a solução de tais conflitos normativos [107].

Entretanto, ainda que os princípios (métodos) instrumentais de interpretação constitucional tenham por finalidade a resolução de conflitos normativos de ordem constitucional, que não possam ser resolvidos pelos métodos tradicionais de interpretação, há certos casos [108] em que, segundo a moderna

---

[102] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores.

[103] Luís Roberto Barroso define-os como "aqueles que não comportam solução mediante subsunção, aqueles em que o ordenamento jurídico oferece mais de uma solução possível e razoável. A decisão, nestes casos, envolve escolhas valorativas ou opções políticas."

Ibdem. p. 527

[104] Considerando-se que, no Brasil, tanto a doutrina, como a jurisprudência do STF não admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, com base no argumento de que não há hierarquia entre normas constitucionais - princípio da unidade da Constituição – mas sim mera precedência axiológica entre normas originárias da CR/88 com valores mais ou menos importantes, se o conflito entre direitos fundamentais envolve normas de ordem constitucional, como aplicar na resolução do referido conflito o critério da hierarquia, segundo o qual a norma de maior hierarquia deve prevalecer sobre a de menor hierarquia?

[105] Se o conflito de normas envolve direitos fundamentais inscritos em normas constitucionais dotadas de grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, sendo, portanto, normas principiológicas ou abertas, como aplicar na hipótese o critério da especialidade, segundo o qual a norma específica deve preponderar sobre a norma geral durante o processo de interpretação?

[106] Se o conflito é baseado em normas inscritas na Constituição e, portanto, decorrentes de um mesmo estatuto normativo, como aplicar na hipótese o critério da cronologia, segundo o qual a norma posterior revoga a norma anterior?

[107] BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* O começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro.

[108] Inicialmente, a doutrina constitucionalista sustentava que apenas o conflito entre princípios, devido às características antes apontadas de tal espécie de norma, necessitava de critérios

doutrina constitucionalista, será necessário que os intérpretes socorram-se de uma técnica de decisão que se convencionou chamar de ponderação de valores, já que, naquela hipótese, as fórmulas tradicionais de resolução de conflitos normativos são insuficientes.

Nessas situações, em que nenhum outro critério é adequado para a resolução do conflito normativo – nem mesmo os princípios instrumentais de interpretação constitucional - será necessário que o juiz, diante de um conflito normativo em *hard cases*, utilize a técnica de decisão denominada de "ponderação de valores" [109].

Segundo Ana Paula de Barcellos, "o propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes." [110]

Nas hipóteses de *hard cases,* mais do que um simples descobridor do direito, o juiz precisará, necessariamente, embutir em sua toga o papel de co-criador do direito, exercendo um papel de interpretação criativa para fazer preponderar o valor constitucional mais adequado ao caso concreto que lhe foi submetido.

6. A impossibilidade do exercício da função jurisdicional sob critérios eminentemente políticos: a subordinação material da atuação criativa do juiz ao direito proveniente da Constituição.

Um dos maiores estudiosos dos limites da interpretação e aplicação criativa do direito pelo juiz, Mauro Capelletti, considerando-se toda a ordem de novos paradigmas da atuação judicial, em especial a necessidade de proteção judicial aos interesses coletivos e difusos, entende que "pela razão de que tais leis e

---

específicos para a sua resolução. Entretanto, no Brasil, Humberto Ávila propôs posicionamento que, aceito por boa parte da doutrina brasileira, não aceita a tese de que se deve empregar métodos específicos de interpretação apenas devido ao fato da norma ser um princípio. Segundo o referido autor, pode haver a necessidade de critérios específicos de interpretação tanto para os princípios como para as regras, não sendo um postulado universal o posicionamento de Ronald Dworkin, segundo o qual os conflitos entre regras resolvem-se à maneira "tudo ou nada", e de Robert Alexy, segundo o qual os conflitos entre princípios serão resolvidos considerando-se sua característica de "mandados de otimização".

[109] "De forma muito geral, **a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês *hard cases)*, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. (...)**
Quando se trabalha com a constituição, no entanto, não é possível simplesmente escolher *uma* norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução. " (grifei)

BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional. *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. p.55

[110] *Ibdem*. p. 57.

direitos freqüentemente são muito vagos, fluidos e programáticos, *mostra-se inevitável alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los*." [111] (grifo nosso)

Sob o contexto contemporâneo em que os chamados *hard cases,* decorrentes de conflitos envolvendo direitos fundamentais ou mesmo normas que exigem alta dose de esforço interpretativo, e a empregabilidade de definições como "judicialização da política" e "ponderação de valores" tornaram-se lugares comuns na produção de conhecimento jurídico e até mesmo no cotidiano do foro judicial, percebe-se que a atuação judicial, sob a função de guardiã da Constituição, não mais pode dar-se da forma clássica típica do Estado liberal, em que se desejava um juiz neutro, distante da partes e do caso concreto que lhe é submetido à decisão.

Pelo contrário, segundo Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior, "O juiz se transmudou de, como disse Montesquieu, *La bouche de La loi* (a boca da lei) para *La bouche du droi*, a boca do direito (Willis Santiago Guerra Filho)." [112], pois a sociedade contemporânea é tão plural e complexa, que ao juiz serão submetidas angustiantes polêmicas, onde, inclusive, podem ser suscitadas questões "ético-jurídicas radicalmente novas que suscitam a ação combinada dos progressos científicos e dos desejos mais delirantes: engenharia genética e manipulações biológicas a serviço da eugenesia, da reprodução de clones, da determinação do sexo dos filhos e outros comércios genéticos." [113]

Para François Ost, a personagem Hermes (em grego; em latim, Mercúrio), deus da mitologia grega responsável pela comunicação e da intermediação, personagem modesto, deve representar o juiz do sistema jurídico da sociedade contemporâneo, complexa e multifacetada, em que se verifica a impossibilidade de o juiz monopolizar a interpretação em sistema jurídico contemporâneo em que diversos agentes produzem a interpretação do direito – sistema jurídico visualizado em forma de rede e banco de dados, onde sempre deverá haver a interpretação do direito, vez que "*Signo lingüístico, el Derecho pide em efecto ser interpretado por sus destinatários; manifestación de voluntad, el Derecho pide ser interiorizado y aceptado."* [114]

Diante da complexidade do mundo contemporâneo, e conseqüentemente do pluralismo social típico de nossos tempos, a exigir a necessária participação de vários outros intérpretes na aplicação do direito, o juiz poderia ser reconhecido como co-autor do Direito, à medida que reconstrói mentalmente a mensagem que a ele se dirige e medita sua colocação em prática com uma operação de vontade (que é também uma manifestação de liberdade), situação em que o direito se configura como algo necessariamente inacabado, sempre em

[111] CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.* p. 60

[112] SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. Há justiça no século XXI sem operadores do século XXI? Atualidades nacionais. *In* Revista de processo 147. São Paulo: RT, 2007. p. 206.

[113] OST, François. *Op. Cit.*

[114] *Ibdem.*

suspenso e sempre relançado, indefinidamente retomado na mediação da mudança. [115]

Assim, com toda a gama de transformações político-sociais já expostas anteriormente, de ver-se que o papel do juiz brasileiro não mais se resume a uma função puramente técnica, em que lhe caberia apenas a descoberta das disposições legais aplicáveis ao caso, mas lhe compete exercer a função de "co-participante do processo de criação do Direito, ao lado do legislador, fazendo valorações próprias, atribuindo sentido a cláusulas abertas e realizando escolhas." [116]

Mesmo que a afirmação cause calafrios aos menos abertos às questões contemporâneas aqui deduzidas, a atribuição da função de co-criador do direito ao juiz pela Constituição atesta que a função jurisdicional de controle concreto de constitucionalidade realizada por todo e qualquer juiz na via difusa tem viés político. Primeiro, porque a referida função estatal é realizada por um agente expressamente designado pela própria Constituição, o que já seria suficiente para caracterizá-lo como um agente político. Segundo que a referida função está intimamente ligada com a função de limitação dos demais Poderes pelo membro do Poder Judiciário, enquanto no cumprimento da função de guarda da Carta político-jurídica vigente. Terceiro, porque aquela jurisdição constitucional realizada também pelo juiz ordinário, mais do que um necessário componente do sistema de freios e contrapesos, representa uma ferramenta de concretização da democracia e do constitucionalismo nas sociedades modernas, pois o exercício de sua função é expressamente prevista na Constituição derivada da vontade da própria sociedade, através do exercício do poder constituinte originário.

Além disso - por mais óbvio que possa parecer não nos esqueçamos disso, a função jurisdicional de controle de constitucionalidade também é caracterizada por um aspecto político pelo simples fato de que o parâmetro de controle do juiz ordinário é o estatuto normativo supremo; parâmetro de atuação jurisdicional este que vincula a produção das decisões políticas da sociedade sobre a qual incide e, assim, detém as características próprias do jogo político: estabilidade democrática e mutabilidade normativa; características estas que não podem ser desconsideradas pelo magistrado durante o exercício da função jurisdicional.

Obviamente, enquanto parâmetro de controle jurisdicional, a Constituição possui um aspecto político que não pode ser desprezado, durante a sua interpretação e controle pelo juiz ordinário no exercício de sua função de controle jurisdicional concreto de constitucionalidade, situação da qual decorre a constante necessidade contemporânea de atuação criativa do juiz para aplicar o direito, considerando o aspecto político da Carta, mas sem, entretanto, deixar de observar os limites jurídicos de sua função jurisdicional.

---

[115] OST, François. *Op. Cit.*

[116] BARROSO, Luis Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. p. 516 *In Op. Cit.* Temas de direito constitucional. p. 505/517.

Sim, porque tal como ensina Dieter Grimm, citado por Inocêncio Martíres Coelho, no exercício da jurisdição constitucional – frisemos mais uma vez: no Brasil, realizada concretamente por todos os juízes ordinários – não se pode empreender uma interpretação político-partidária da Constituição, vez que o órgão jurisdicional, ante a própria natureza jurisdicional de sua função, está submetido e limitado a critérios jurídicos de interpretação [117] e decisão.

Toda aquela mudança de paradigmas na aplicação do direito pelo juiz, a exigir-lhe não só preparação técnico-jurídica estrita, como também uma ampla preparação em ramos do conhecimento extremamente relacionados com a complexidade atual da sociedade [118], não representa absoluta liberdade ao magistrado para atuar arbitrariamente em substituição ao legislador, o qual é o único com competência constitucional para inovar a ordem jurídica, pois se de um lado a proteção da Constituição, e toda a gama de "casos difíceis" que são submetidos a sua decisão, exigem-lhe postar-se como co-criador do direito a ser aplicado no caso concreto em cumprimento aos preceitos constitucionais vigentes, não se pode olvidar, por outro lado, que a atuação jurisdicional deverá pautar-se sob parâmetros jurídicos impostos pela própria Constituição.

Exatamente devido a esta enorme responsabilidade do juiz contemporâneo, e não contra ela [119], é que se sustenta, com base no posicionamento de Ronald

---

[117] COELHO, Inocêncio Martíres. Apresentação. Constituição e Política. GRIMM, Dieter. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[118] "O domínio da técnica jurídica é predicado de que jamais se poderá prescindir num juiz; está longe, contudo, de ser bastante. Preparação adequada teria de incluir certa familiaridade com outros ramos do conhecimento humano, como a sociologia e a ciência política. As escolas de magistratura podem e devem tentar suprir lacunas e abrir as novas perspectivas. Precisamos de juízes compenetrados da relevância social de sua tarefa e das repercussões que o respectivo desempenho produz no tecido da sociedade. Em época de crises reiteradas e de transformações profundas, como esta em que vivemos, o juiz vê-se convocado a dar mais que o mero cumprimento pontual de uma rotina burocrática. Por difícil que lhe seja, com a carga de trabalho que o oprime, corresponder a esse chamamento, não há como exonerá-lo de uma responsabilidade que a ninguém mais se poderia atribuir. Pois a verdade é que, sem a sua colaboração, por melhores que sejam as leis que tenhamos, jamais lograremos construir um processo socialmente efetivo."

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. p. 16 *In* Temas de direito processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27

[119] " [...] "justiça" não pode deixar de ser equivaler a "justiça de acordo com o direito"; e, no que se segue, a palavra é usada nesse sentido. Um juiz pode ser autorizado ou obrigado a recusar aplicação a uma lei de seu ordenamento em razão da respectiva incompatibilidade com lei "mais alta", como a constituição nacional ou obrigação supranacional que vincule o Estado, mas não pode agir assim pela mera razão de que, a seu ver, a lei ser "injusta"."

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. p. 161 Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. Revista de Processo nº 135 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Dworkin [120] - em contraposição a Herbert Hart [121] - que, mesmo nos chamados *hard cases*, a liberdade de atuação criativa do juiz é relativa, visto que não se poderá afastar do direito [122], buscando, portanto, neste os fundamentos para suas decisões [123].

Segundo John Anthony Jolowicz, ainda que a norma suscetível de apreciação pelo juiz seja uma norma aberta, do que decorrerá a necessidade de uma complexa avaliação dos fatos e discrição judicial na compreensão da finalidade da norma, isto não representa "um convite ao juiz para dar livre curso a sua teoria favorita da justiça abstrata. Ao contrário, [se] em torno da regra já se desenvolveram a prática e a jurisprudência, e nenhuma das duas pode ser igualmente ignorada pelo juiz." [124]

É que, salvo em casos de evidente excepcionalidade fática a ilidir as razões e fins da norma, tal como visto anteriormente - *"rule's purpose"* ou *"overrruling"* - não é admissível que o juiz subverta os critérios fixados pelo legislador, sejam eles de ordem constitucional ou infraconstitucional, pelos seus próprios critérios

---

[120] DWORKIN, Roland. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[121] HART, Hebert. O conceito de direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

[122] " Isto quer dizer que mesmo quando o juiz tenha de construir a solução do caso novo (*hard case*, de que fala Hart), a discricionariedade utilizável é bastante relativa. Ou seja, todo comando normativo possui um conteúdo claro a que o intérprete está vinculado e que o direciona, mesmo nos casos não previstos.

O juiz (ou intérprete) pode atuar criativamente, para exercer a escolha de como preencher a 'área de textura aberta", da regra, mas encontrará sempre "um núcleo de significado determinado", do qual não estará livre para se afastar 'nas suas decisões oficiais". O juiz, em outros termos, pode criar soluções à margem da norma legislada, pode completá-la em suas incompletudes inevitáveis, mas não pode negá-la nem violá-la, enfim." (grifo nosso)

THEODORO JR., Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. p. 19. *In* Revista de processo 150. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 11/23.

[123] "Esse constante trabalhar do órgão judicial com a incapacidade de previsão pela lei de todas as hipóteses possíveis, com generalidade da regra e ainda com os fatores fáticos incertos e constantes, agravado pelos diversos graus de sua capacidade pessoal, tanto na coleta do material probatório quanto na sua seleção e avaliação, evidencia de forma bastante clara os riscos sempre presentes de um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso trazido a consideração. *Aliás, a questão torna-se exatamente problematizada na passagem do abstrato ao concreto, quando podem se criar situações-limite, não previstas expressamente em lei, capazes de romper com o sentimento de justiça.*

Claro, contudo, que a solução haverá de estar dentro do próprio sistema, pois, nessa matéria, como visto anteriormente, mostra-se inconveniente a atribuição de ampla liberdade ao órgão judicial. No domínio do direito processual, aliás, revela-se particularmente importante o papel do sistema, enquanto capaz de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.(...)" (grifo nosso)

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Op. Cit.* p. 21.

[124] JOLOWICZ, John Anthony. *Op. Cit.* p. 162

pessoais de justiça, sob pena de assim incidir o magistrado em estrita atuação política, que, diga-se de passagem, a própria Constituição não admite.

A pretensão de um juiz em, no exercício da função jurisdicional, atuar sob critérios eminentemente políticos, sem submeter-se aos ônus impostos pela Constituição aos agentes estritamente políticos – necessidade de submeter-se a eleições, perda de mandato, *impecheament,* dentre outros – importaria em evidente violação ao sistema político-jurídico instituído pela própria Constituição vigente, não se podendo denominar tal atuação ao largo do direito como "ativismo judicial", termo este apropriado para a atuação criativa do juiz, mas consentânea ao direito. Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro, tanto o constitucional quanto o processual, não admite que o juiz, sob uma suposta aplicação criativa do direito, substitua a função social prevista na legislação vigente pelos seus próprios critérios pessoais de justiça.

Isto porque uma sentença judicial, que põe a termo a prestação da tutela jurisdicional ao fim do processo, estará de acordo com o direito se ela for justa tanto substancial, quanto processualmente, pois " (...) a decisão deve ser o resultado da correta aplicação do direito aos fatos; e, em segundo, o procedimento que levou a ela deve ter sido conduzido de acordo com o direito processual aplicável." [125]

Ressalte-se que nem mesmo o controle de constitucionalidade atribuído pela Constituição ao Poder Judiciário, seja na via difusa a todos os juízes [126], seja na via concentrada ao Supremo Tribunal Federal [127] [128], autoriza o magistrado,

---

[125] JOLOWICZ, John Anthony. *Op. Cit.* p. 162

[126] "Como já referido, porém, a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a conseqüente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo. *Mas não é possível pretender derrotar a vontade majoritária, em espaço no qual ela deva prevalecer, pela via oblíqua de uma interpretação jurídica sem lastro constitucional. Ao agir assim, o intérprete estaria usurpando tanto o papel do constituinte quanto do legislador*". (grifei)

BARROSO, Luís Roberto. Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. *In* Temas de direito constitucional. t. III, 2005, p. 314/315.

[127] "*O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais* deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. *Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais.* Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional." (grifei)

salvo nas exceções antes mencionadas, a prestar a tutela jurisdicional em desconformidade com o ordenamento vigente, a caracterizar uma atuação estritamente política, tal como fazem os agentes políticos *strictu sensu.*

Isto porque, em se considerando que o constitucionalismo atende às necessidades da sociedade contemporânea, a Constituição deveria atribuir tal liberdade política ao Poder Judiciário, situação que não o fez, até porque se o fizesse, impor-lhe-ia também os ônus decorrentes de tal liberdade política, aos quais, diga-se de passagem, não estão submetidos os componentes do Poder Judiciário.

Reafirme-se, portanto, que se o juiz, enquanto intérprete puro da norma, tem liberdade para adequá-la à situação fática que lhe é apresentada, inclusive com o poder de afastar a norma em contradição aos fatos, através da restrição ou ampliação da regra com base na razão que fundamenta a própria regra – *"rule's purpose"* – ou com base em razões de outras regras – *"overrruling",* isto não importa conferir liberdade para que o magistrado atue ao largo do direito vigente naquele oportunidade, pois " (...) a decisão e determinação do juiz, como decisão e determinação do Poder Judiciário do Estado, deve estar de acordo com o direito." [129].

7. Conclusão.

As sociedades contemporâneas que adotaram o Estado democrático constitucional são caracterizadas pela pluralidade democrática e pela extrema complexidade das relações sociais; complexidade esta ainda maximizada por fenômenos típicos da idade contemporânea, tais como extraordinário desenvolvimento das tecnologias de comunicação e a interação global entre as sociedades orbitantes em torno de um único modelo econômico, o capitalismo.

O direito, enquanto produto cultural desenvolvido pelo homem de acordo com as circunstâncias fáticas que o influenciam, acompanhou essas transformações sofridas pelas sociedades, deixando para trás as fases do jusnaturalismo e do positivismo jurídico para buscar refúgio no pós-positivismo jurídico, segundo o

---

BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.

[128] Na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal:

"(...) se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, *que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo*.(...)

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, *mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo* (...)."

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 30/10/2008.

[129] JOLOWICZ, John Anthony. *Op. Cit.* p. 161

qual os sistemas jurídicos, sem desconsiderar a necessidade da segurança jurídica propiciada pela norma positivada, vêm se reaproximando à ética e à moral exigidas pela contemporânea concepção de constitucionalismo.

Concepção essa que passou a considerar a Constituição como estatuto normativo dotado de superioridade jurídica, não só formal, mas material, sobre todo o restante do ordenamento jurídico de uma dada sociedade, hipótese em que, caso a Constituição não seja observada espontaneamente, será imposta pelo juiz, o qual, como agente do Estado encarregado de prestar jurisdição, estará submetido a conflitos contemporâneos tão complexos que não poderão mais ser resolvidos por técnicas jurídicas admitidas, e suficientes, em épocas passadas para a solução dos conflitos sociais que eram submetidos a juízo.

É assim que, contemporaneamente, o Poder Judiciário passa a possuir papel muito mais relevante na manutenção, e por que não dizê-lo no progresso, das relações sociais; situação sob a qual o juiz responsável pelo controle concreto/difuso de constitucionalidade passa a deter a enorme responsabilidade de solucionar, junto com todos os dramas que as partes lhe apresentam, problemáticas como os *hard cases*, que normalmente decorrentes da colisão de direitos fundamentais, exigem a adoção de técnicas jurídicas complexas para a sua solução, tal como a chamada ponderação de valores.

Entretanto, ressalte-se – e o objetivo do presente trabalho é justamente fomentar o debate a respeito disto – em nenhum desses momentos, que exigirão uma atuação distintamente criativa do magistrado ordinário no descobrimento da real finalidade da norma a ser aplicada ao caso concreto, estará o juiz livre das amarras do exercício da função jurisdicional sob padrões eminentemente jurídicos, vez que se a Constituição desejasse atribuir-lhe função estritamente política o submeteria aos mesmos ônus que impõem aos agentes políticos.

BIBLIOGRAFIA.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O processo civil e os novos rumos do Judiciário: desafios e perspectivas. *In* **Revista de processo nº 142.** São Paulo: RT, 2007.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. **Revista de processo nº 149.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do contraditório.** *In* Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo valorativo. **Revista de Processo nº137.** São Paulo: RT, 2007.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** Disponível em< www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 26/08/2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional.** Disponível em< http://www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em 11/09/2008

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional.** *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luís Roberto. (Org.) Rio de janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas** – Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Direitos fundamentais, colisão e ponderação de valores.** *In* Temas de direito constitucional. Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista.** Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário. *In* Temas de direito constitucional. Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro.** *In* A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito.** Temas de direito constitucional. Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em<htpp://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 15/08/2008.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História.** A nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos

fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Cristina. Algumas considerações sobre a discricionariedade judicial. *In* **Revista de direito constitucional e internacional nº 56**. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 652/MA.** Plenário. Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/1992 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 768/MC.** Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 07/10/1992. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI/MC-QO 2551/MG** Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/2003 Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em 27/06/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 2982/CE**. QO. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17/06/2004 Informativo STF nº 352, de 14 a 18/06/2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF.** QO. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 27/04/2005 Disponível em < http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 28/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EI-ADI 1.289-4/DF**. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes Tribunal j. 03/04/2003 DJ 27/02/2004. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em 08/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. IF 2926/SP.** Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes Ferreira. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em 08/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Infidelidade partidária e vacância de mandato.** Informativo STF nº 482, de 1º a 5 de outubro de 2007. Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 31/08/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 78013.** 1ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 24/11/1998 Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em: 01/08/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.959/SP.** Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 23/02/2006 DJ 01/09/2006 p. 18 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl-AgR nº 1880/SP**. Plenário. Rel. Min. Maurício Corrêa j. 07/11/2002. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 18/01/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 201819/RJ** 2ª Turma Rel. Min. Ellen Gracie Rel. p/acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes j. 11/10/2005 Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 19/08/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 442683.** Segurança Jurídica e modulação temporal dos efeitos. Transcrições. Informativo STF 419. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp 1.417-DF.** Plenário. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 30/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS 3154/RS** Decisão monocrática Min. Gilmar Mendes (exercício da Presidência) j. 28/03/2007 Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acesso em 08/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Gilmar Ferreira Mendes **Rcl 2256/RN** Plenário. j. 11/09/2003 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06/11/2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principialização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de processo nº 98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados:** O Rio de Janeiro e a República que não foi. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista brasileira de ciências sociais nº 34** v. 12. junho/1997.

CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. **Revista de Processo nº 147.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73/95.

COELHO, Inocêncio Martíres. Apresentação. **Constituição e Política.** GRIMM, Dieter. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Revista de Direito Público nº 12.** Ano III. Abril/junho/2006.

CORRÊA, Oscar Dias. **A crise da Constituição, a constituinte e o Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de processo nº 127.** São Paulo: RT, 2007.

DINARMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. **Revista de processo nº 148.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Roland. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. **"Entenda a evolução da crise que atinge a economia dos EUA** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u453003.shtml>. Acesso em: 28/10/2008

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil. **Revista de Processo nº 153.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el "neoprocesalismo".* **Revista de processo nº 151.** São Paulo: RT, 2007.

HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes as Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HART, Hebert. **O conceito de direito.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

HORBACH, Carlos Bastide. Processo constitucional e democracia: exemplos ibero-americanos. **Revista de direito constitucional e internacional nº 57.** São Paulo: RT, 2007.

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo nº 135.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNQUEIRA, Aristides. **Controle de Constitucionalidade.** *In* CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. (*Org.)* 1988-1998: Uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. **Cadernos de direito constitucional e ciência política.** v. 29 São Paulo. 1999

MACIEL NETO, Pedro Benedito. **Judicialização da política.** Ficha suja: partidos políticos não cumprem o seu papel. Disponível em < http://www.conjur.com.br/static/text/67745,1> Acesso em: 01/08/2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Inconstitucionalidade por arrastamento ou por conseqüência.** *In* NOVELINO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: Podivm, 2007.

MORAIS, Dalton Santos. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do *amicus curiae* em seu processo. **Revista de processo nº 164**. Outubro/2008 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAIS, Dalton Santos. A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos. *In* **Informativo de Direito Administrativo e LRF nº 82 –** IDAF. Curitiba: Zênite. Maio/2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo.** *In* Temas de direito processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. *In* **Revista de processo nº 146.** São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **A atuação do juiz no estado democrático de direito:** em busca do ponto de equilíbrio. *In* Estudos constitucionais. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 101/109

OST, François. ***Júpiter, Hércules, Hermes:*** *três modelos de juez.* Disponível em <www.cervantesvirtual.com/servlet/013606298725707285878 91/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 24/09/2008

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **A Estrutura Normativa das Normas Jurídicas** *in* MAIA, Antônio Cavalcanti. (Org.) Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença.** Porto alegre: Livraria do advogado, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Direitos de para todos.** 2.ed. Belo Horizonte: Forum, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. Há justiça no século XXI sem operadores do século XXI? Atualidades nacionais. **Revista de processo nº 147.** São Paulo: RT, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.** *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA NETO, Francisco da Cunha e. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI nº 59** São Paulo: RT, 2007.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. ***The global expansion of judicial power:*** *The judizicialition of politcs. New York: New York University press, 1995.*

TAVARES, André Ramos. **O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva.** *In* Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. André Ramos Tavares (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. **Revista dos Tribunais nº 819.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar:** a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano, 2001.

THEODORO JR., Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *In* **Revista de processo nº 150**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael C.. ***On reading the constitution.*** *Cambridge: Havard University Press,* 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Supremo Tribunal Federal após 1988:** em direção a uma Corte Constitucional. *In* 15 anos de Constituição. SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VIEIRA, José Ribas; BRASIL, Deilton Ribeiro. **Mudança paradigmática no controle constitucional concentrado e difuso provocada pelo experimentalismo institucional do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04.** Observatório de jurisdição constitucional. Brasília: IDP, ano 1, jan. 2008.

VIERA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal** – jurisprudência política. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZANETI JR., Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

R RE Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado — Direito do Estado.com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MORAIS, Dalton Santos. A Atuação Judicial Criativa nas Sociedades Complexas e Pluralistas Contemporâneas sob Parâmetros Jurídico-Constitucionais. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, março, abril, maio, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011-DALTON-SANTOS-MORAIS.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.