
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEU FELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (UniCuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (UniCuritiba – PR)
Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

Ativismo judicial: possibilidade e limites*

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor da UFRN e da UNP. Mestre e doutor em direito público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Resumo: A impossibilidade de o legislador disciplinar todos os fatos sociais tornou imprescindível a atividade criativa do juiz, principalmente quando da interpretação da Constituição. Tal criatividade, porém, não deve aniquilar a atividade legislativa e de governo, devendo ser exercida de forma limitada.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Interpretação. Constituição. Jurisdição constitucional.

Sumário: I A ilusão de Montesquieu – II A Constituição e a criação judicial do direito – III O ativismo judicial: uma alternativa possível – IV Ativismo judicial: uma competência ilimitada? – V Síntese conclusiva – Referências

I A ilusão de Montesquieu

Em livro que, há mais de dois séculos, teve papel fundamental para a mudança da civilização europeia, assinalada pela desigualdade feudal e pelo despotismo, Charles-Louis de Secondat, Barão da Brède e de Montesquieu, ao referir-se à função judicial, afirmou:

Nos Estados despóticos, não existe lei: a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juizes observem literalmente a lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.¹

Daí adveio o lastro teórico para a tentativa de limitação da atividade do juiz a todo e qualquer avanço interpretativo, procurando circunscrevê-la a atuar como a boca que deveria pronunciar as palavras da lei (*bouche de la loi*). Tentou-se, como anotou Alf Ross,² estabelecer uma

* Escrito que condensa exposição do autor sob o título "Ativismo judicial: crise de identidade do Poder Judiciário ou exigência contemporânea", no Curso sobre "Ativismo Judicial e Direito à Saúde: contrapontos", patrocinado pelo Núcleo da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região em Sergipe, em convênio com a Advocacia-Geral da União (AGU), realizado no auditório do Espaço Semear, em Aracaju/SE, no período de 16 a 18.09.2009.

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de la Brède et de. O espírito das leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Ed. UnB, 1982. p. 110.

² ROSS, Alf. Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas. Trad. José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada Garcia y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. p. 88.

correspondência necessária para a existência duma república civilizada, cujos polos seriam representados pela onipotência do legislador e a privação ao juiz de todo e qualquer poder criador do direito.

Tudo não passou de um devaneio e, como tal, destinava-se à satisfação de um objetivo certo, qual seja o de censurar a postura da magistratura francesa, cujo manejo da atividade interpretativa propendia à manutenção das regalias do Ancien Régime.

Essa a única possibilidade de aceitação do pensamento de Montesquieu, olhando-se para a sociedade que se encontrava à sua volta.

A compreensão generalizada do pensamento alberga equívocos de passado, de presente e, sobremaneira, de futuro.

De passado porque desconhecia a evolução da ciência jurídica e, dentro desta, o papel ostentado pelo direito romano.

Os direitos dos povos da Antiguidade, sem exceção, basearam-se na fonte costumeira, a qual derivava justamente de sua aplicação reiterada pelos juízes. O legislador constituiu (e ainda constitui) figura de aparecimento tardio.

O direito romano não se constituiu apenas nas instituições jurídicas que regeram os territórios nos quais Roma exercia sua soberania, no período que vai de sua fundação (753 a.C.) até a queda do Império do Ocidente (476 d.C.), ou à morte de Justiniano (565 d.C.), com interesse de investigação exclusivamente voltado a veleidades históricas. Absolutamente. Representou a base central de todos os sistemas jurídicos ocidentais, sejam integrantes da família romano-germânica (civil law) ou da common law.³

Elaborando uma ordem jurídica visando, primordialmente, empregá-la para a satisfação de suas necessidades práticas, antes do que a formulação de teorias abstratas, para o deleite intelectual de seus formuladores, a marca romana não recaiu na sua aplicação, mas sobretudo na criação do direito, alcançando papel central a pretura peregrina, criada na época clássica para resolver os conflitos de interesses dentre cidadãos e estrangeiros, ou entre estes.

³ Antonio Fernández de Buján (Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 238) aponta as influências produzidas pelo direito romano no âmbito da common law, principiando por mostrar que, em este se tratando de direito não codificado, judicialista e casuístico, no qual preponderam os princípios de publicidade, imediatidade e oralidade, assemelha-se ao direito da República e do Principado. Salienta ainda que: a) nos séculos XIII a XVIII a difusão do direito romano se manifesta por meio dos tribunais reais, cujos juízes, formados em universidades e não em escolas judiciais, julgam com critérios de equidade, próximos à tradição romano-canônica; b) Oxford e Cambridge foram universidades nas quais se ensinou e ainda se ensina direito romano na Inglaterra.

Do pretor surgiram institutos que configuraram (e atualmente configuram) a pedra de toque de inúmeros ordenamentos, tais como: a) a boa-fé, resultante dos *bonae fidei iudicia*; b) o abuso do direito, derivado do desenvolvimento da *exceptio doli*; c) a equidade, traduzindo o anseio de justiça na aplicação da lei.⁴

De modo igual, a afirmação se achava equivocada mesmo para a época na qual foi proferida. Conforme é sabido, Montesquieu, para formular sua teoria da separação de poderes estatais, como única via de propiciar o surgimento de Estado onde devem imperar o direito e a liberdade, embasou-se na Constituição não escrita dos ingleses.

Olvidou que, num governo parlamentar como o britânico, o Governo e a Administração podem atuar legislativamente mediante delegação do Parlamento, como a realidade de que o verdadeiro fundamento do direito inglês consistiu na magistratura, responsável por garantir de maneira efetiva o Estado de Direito, fundado na subordinação da autoridade estatal à ordem jurídica.

Não foi à toa que Gustav Radbruch⁵ deixou claro que, na Inglaterra, os direitos à liberdade estão unidos inseparavelmente à *common law* não em face de sua proclamação, mas sim por força dos remédios jurídicos destinados à sua tutela, os quais foram deixados sob a guarda do juiz.⁶

Por outro lado, a criação judicial do direito também alcançou relevo com o desenvolvimento por parte do Tribunal de Chancelaria (*Court of Chancery*) da jurisdição de equidade, a qual, sobrevivendo à Revolução Gloriosa teve o inegável préstimo de amenizar o rigor da *common law* e do *statute-law*.

A Constituição inglesa, afirmada através dos documentos assecuratórios da liberdade individual, não prescindiu da atividade criadora dos juízes, antes possuindo nesta forte lastro.

⁴ Muito embora a origem da equidade (*aequitas*) não seja romana, recuando à civilização grega, para os romanos — notícia Max Kaser (*Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 45) — aquela significou na época clássica a justiça aplicada pelo pretor quando este superava as asperezas do *ius civile* através do seu direito honorário. Traduzia o predomínio do *ius aequum* quando estivesse em desacordo com o direito estrito. Noutra passagem (*loc. cit.*, p. 35-37), o autor torna a ressaltar a atuação criativa do pretor. Também conferir, a este respeito, Mário Bretone (*História do direito romano*. Trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1998. p. 109-112).

⁵ *El espíritu del derecho inglés*. Trad. Juan Carlos Peg Ros. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 43.

⁶ Não é demasiado recordar o *Bonham's Case* — que parece ter, não obstante controvérsias, com a transposição de sua doutrina para as colônias na América do Norte, plantado a semente do controle de constitucionalidade das leis — no qual o Tribunal do *Common Pleas*, através do pronunciamento do Chief Justice Edward Coke (1552-1634), compreendeu que a delegação conferida pelo Rei ao Colégio de Médicos de Londres, para a disciplina do desempenho da medicina, não conferia a este poderes para agir fora da razoabilidade, impondo prisão para aquilo que não configurava mais do que uma infração administrativa.

Melhor sorte a proposição não logrou em tom futurista. As duas revoluções liberais deflagradas no final do século XVIII provam isso. Em primeiro lugar, o sistema jurídico implantado nos Estados Unidos da América ao depois da declaração de independência, consolidado com a Constituição de 1787, teve como nota singular a afirmação do controle de constitucionalidade das leis, cuja elaboração é de ser tributada ao engenho jurisprudencial, longamente sedimentado.

Em reforço, a atividade posterior da Suprema Corte norte-americana, com o passar dos tempos, assinalada por adaptar as linhas mestras do texto constitucional ao sinal dos tempos, deu mostras incontestáveis duma fértil criatividade judicial do direito.

O segundo golpe — e mais devastador — adveio com o sistema jurídico europeu continental, permeado, a partir do exemplo francês de 1804, pelo movimento codificador. A pretensão de integridade das codificações, aparelhada pela completude formal e material, através das quais todas as relações sociais deveriam ser disciplinadas, com todos os seus pormenores, num só diploma legal, deu margem à escola da exegese,⁷ notabilizada pelo fetichismo da lei.

Isso não impediu — e principalmente na França — que tudo não passasse de um objetivo inalcançável diante da mobilidade, cada vez mais crescente, do fenômeno social, impulsionado com o alastramento da Revolução Industrial.

O próprio Código Civil francês reconhecia a impossibilidade do legislador onipresente, ao proclamar no seu art. 4º: “O juiz que se recusar de julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser demandado como culpado de denegar justiça”.⁸

A doutrina que implicou na elaboração de dito diploma também já se apercebia da inevitável necessidade da atuação criadora do juiz. Portalis,⁹ em pelo menos duas passagens de seu discurso preliminar ao Código Civil francês, assim frisou, ao salientar que: a) as leis positivas não saberão nunca substituir completamente o uso da razão natural nos

⁷ Instrumento pujante da escola da época, para o fim de evitar a interpretação judicial, recaiu no *référé* legislatif.

⁸ “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice” (Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 09 jan. 2006).

⁹ PORTALIS, Jean Marie Etienne. Discurso preliminar al Código Civil francês. Madrid: Civitas, 1997. I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson. De ressaltar que Portalis assim afirmava quando a sociedade francesa ainda não tinha sofrido, com maior intensidade, os efeitos da Revolução Industrial. O entendimento, portanto, deve ser amplificado na era da informática.

negócios da vida, pois as necessidades da sociedade são tão variadas que resulta impossível ao legislador prover a tudo; b) seria um erro pensar que pode existir um corpo de leis que proveja, por antecipação, todos os casos possíveis.

A impotência para a eliminação da criatividade do juiz resulta clarividente do paradoxo vivenciado pela França, a qual, não obstante conhecida como a pátria da lei clara e progressiva, sofreu a sólida marca da evolução do seu sistema jurídico através da atuação do magistrado que, no tratamento de muitas relações sociais, sempre precedeu ao legislador.¹⁰

Por tudo isso, a aceitação integral da parcela do pensamento de Montesquieu, antes referenciado, voltado a encarar o juiz como um servo da lei, não passa de utopia.

O ponto sublime de qualquer sistema jurídico reside no desenvolvimento de seus princípios estruturais pela atividade interpretativa, em sua maioria exercida pelos juízes, pois o direito, como instrumento voltado ao suprimento da necessidade de ordenação de condutas, surge da realidade social, cuja enorme complexidade faz com que seja impossível ao legislador abrangê-la integralmente.

II A Constituição e a criação judicial do direito

É comum dizer, quando se aborda a evolução da ciência jurídica, que o direito privado, mais precisamente o civil, usufrui de ancianidade perante o direito público, cuja sistematização recua há aproximadamente duas centúrias.

Não se quer afirmar, de modo algum, que as relações jurídicas envolvendo o poder político antes disso não fossem objeto de disciplina. Apenas se afirma que, até a Revolução Francesa — e mesmo depois

¹⁰ Pode-se, para tanto, aportar a iniciativa desbravadora da jurisprudência na disciplina das seguintes matérias: a) indenização por motivo de resolução imotivada de contrato de trabalho e acidentes do trabalho; b) impenhorabilidade dos pequenos salários; c) liberdade de associação; d) a disciplina dos valores mobiliários; e) o desaparecimento como hipótese de extinção da personalidade; f) a legitimação dos filhos havidos de relacionamento entre pessoas que ostentassem grau de parentesco; g) a teoria do herdeiro aparente; h) o reaparecimento da teoria do abuso de direito; i) a elaboração das regras jurídicas administrativas, para a qual foi essencial a intervenção do Conselho de Estado, conforme se pode observar das decisões relacionadas à responsabilidade civil do Estado, à teoria do desvio de poder e à revisão judicial dos contratos, tanto que Jean Rivero (Direito administrativo. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 36) aponta como característica do direito administrativo a larga formação jurisprudencial. Levantamento acerca da pujante atividade inovadora do Conselho de Estado, com base na procura de descortinar o conteúdo dos princípios gerais do direito, e que se apresentou vital para a sistematização do direito administrativo, é encontrada em Juan de la Cruz Ferrer (La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del derecho público francés. Revista de Administración Pública, n. 111, p. 441, set./dez. 1986).

desta — a tônica foi representativa da fuga dos governantes à observância de regras jurídicas.

Por isso, não é surpresa que na Europa continental a expansão legislativa prestigiasse sobretudo os códigos civis. Constituições escritas foram promulgadas, sendo a primeira delas a polonesa de março de 1791, seguida pela da monarquia constitucional francesa de 03 de setembro de 1791. No entanto, restringiam-se à mera organização do Estado e a sua força vinculativa foi profundamente prejudicada por situações de instabilidade política, originadas de conflitos entre os liberais e os defensores dum maior prestígio à monarquia.¹¹

Daí se segue que os códigos civis constituíram o centro de gravidade dos sistemas jurídicos de então. Enfraquecida a relação entre direito e poder político, coube às codificações o estabelecimento dos princípios gerais dos ordenamentos, destinados, normalmente, à regência dos liames entre particulares.¹²

Circunscrita inicialmente aos Estados Unidos da América, a ideia de vinculação dos poderes políticos praticamente permeou em solo europeu a partir da segunda metade da centúria pretérita, com a proliferação dos tribunais e cortes constitucionais.

Coincidiu, de certo modo, com o gradativo aumento da constituição material — ou regulação legal fundamental, para utilizar terminologia de Carl Schmitt¹³ — a qual, a partir da Constituição mexicana, de 31 de janeiro de 1917, e da Constituição alemã, de 11 de agosto de 1919, despertou atenção à disciplina da ordem econômica e social, evadindo-se, cada vez com maior intensidade, dos lindes estritos do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.¹⁴

¹¹ Somente para se ter uma ideia do clima político reinante à época no continente europeu, no intervalo de 1789 a 1870, conhecido como o período das revoluções, a França foi alvo da promulgação de 12 constituições escritas.

¹² Ressaibo disso é possível ser visualizado em António Menezes Cordeiro (Tratado de direito civil português. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 33) e, especificadamente, em Jorge Barcelar Gouveia (O valor positivo do acto inconstitucional. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992. p. 21) quando este propõe, para o seu objeto de estudo, a aplicação do art. 11º do Código Civil lusitano, o qual, apesar de se encontrar numa codificação privatista, constitui preceito a ser generalizado a todos os ramos do direito português, inclusive ao constitucional.

¹³ Ver Teoria de la Constitución (Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 33), no qual consta que a constituição, em sentido absoluto ou material, consiste numa regulação legal fundamental, ou seja, num sistema de normas supremas e últimas. A constituição seria, nessa acepção, a norma das normas.

¹⁴ O dispositivo moldou aquele que se tornou conhecido como conceito liberal ou clássico de constituição: "Art. 16º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 23 set. 2009.

Com isso, os princípios basilares do ordenamento passam ao habitat constitucional, tendo por vértice o respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁵

A transposição ganhou ênfase na doutrina. Dentre vários autores, invoque-se Joaquin Arce y Flórez Valdés,¹⁶ ao afirmar que a Constituição passa a fruir da condição de sede hipotética dos princípios gerais do direito, constituindo o paradigma, dentre as normas do sistema, porquanto proclama os valores, crenças e convicções do país.

A mensagem também encontrou eco em Eduardo Garcia de Enterría,¹⁷ ao deixar claro que a unidade do ordenamento é, acima de tudo, uma unidade material de sentido, expressa em princípios gerais, aos quais impende ao intérprete desvendar, ou à Constituição declará-los formalmente, destacando a decisão suprema que realizou a comunidade, proclamando solenemente determinados valores como primordiais e básicos para toda a vida coletiva.

Nesse cenário, não se pode obscurecer que a Constituição, qualquer que seja a natureza de suas disposições, possui inegável componente normativo, com eficácia diretiva e informadora das demais funções estatais. Restou abandonada a concepção de que se trataria de mero documento contendo vagas intenções políticas.

Dois fenômenos se encontram ligados de forma indissolúvel. O primeiro deles é o inerente à competência dos tribunais constitucionais para a interpretação, em tom vinculativo, das normas insertas no texto magno.

¹⁵ Entre nós, a dignidade da pessoa humana está inserida no art. 1º, III, da Constituição vigente, mais precisamente no Título I, relativo aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Inúmeras constituições, promulgadas sempre ao depois de governos ditatoriais, cujo cotidiano era pautado pelo respeito imoderado à obra do legislador, identificada como o superior ideal de justiça, timbraram em consagrar o princípio. Para tanto, basta que sejam compulsados os textos das Constituições da Itália de 1947 (art. 3º), Alemanha de 1949 (art. 1.1), Portugal de 1976 (art. 1º), Espanha de 1978 (art. 10), Croácia de 1990 (art. 25), Bulgária de 1991 (Preâmbulo), Romênia de 1991 (art. 1º), Letônia de 1991 (art. 1º), Eslovênia de 1991 (art. 21), Estônia de 1992 (art. 10º), Lituânia de 1992 (art. 21), Eslováquia de 1992 (art. 12), República Tcheca de 1992 (Preâmbulo), Rússia de 1993 (art. 21), Hungria de 1949 (art. 54), Índia de 1950 (Preâmbulo), Venezuela de 1999 (Preâmbulo), Grécia de 1975 (art. 2º), China de 1982 (art. 38), Namíbia de 1990 (Preâmbulo e art. 8º), Colômbia de 1991 (art. 1º), Cabo Verde de 1992 (art. 1º), Peru de 1993 (art. 1º), Polônia de 1997 (art. 30) e África do Sul de 1996 (arts. 1º, 10º e 39). A Constituição do Chile de 1980, com a redação da reforma de 1997, apesar de não empregar o vocábulo dignidade, ao princípio dá acolhida quando declara, no seu art. 1º, que o Estado está a serviço da pessoa humana. Na França, a ausência de menção expressa no seu bloco de constitucionalidade foi suprida pelo labor do Conselho Constitucional, a vislumbrar a dignidade da pessoa humana como valor constitucional implícito a partir dos incisos 10º e 11º do Preâmbulo da Constituição de 1946. Para tanto, serviram de arrê de príncipe as Decisões Constitucionais 94-343-344 e 94-359, proferidas em 27 de julho de 1994 e 19.01.95. Por sua vez, o Projeto de Tratado que pretende estabelecer uma Constituição para a Europa, na sua Parte II (Título I, art. II – 1º), proclama: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

¹⁶ Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional. Madrid: Civitas, 1990. p. 95.

¹⁷ La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985. p. 97-98.

Em reforço, tem-se que, pela sua importância nuclear no sistema jurídico, os princípios e valores consagrados na Lei Maior (igualdade, dignidade da pessoa humana, dentre outros) são dotados de caráter vago, ou de conteúdo em parte indeterminado abstrativamente, necessitando da atividade interpretativa para a delimitação de seu significado e alcance.¹⁸

Corolário inarredável dessa arte de interpretar é a criação judicial a partir do desenvolvimento do substrato dos princípios e valores constitucionais. Não poderia ser diferente diante da missão que enverga a Constituição de construir a vida social e política, o que não se faz de forma estática, mas dinâmica.

A inevitável intervenção do juiz para dar sentido aos princípios constitucionais é alvo do incensurável enfoque de Otto Bachof, consignado em passagem de um dos seus escritos, a qual impõe-se seja transcrita:

Una Constitución no contiene ninguna regulación individualizada detallada, sino que se caracteriza por muy amplias cláusulas generales y por conceptos axiológicos carentes de contenido. El ámbito para el intérprete y con ello su poder para una decisión autónoma son por ello particularmente grandes.¹⁹

No mesmo diapasão, ressalta Inocêncio Mártires Coelho²⁰ que, além da invocação do status dos tribunais constitucionais na estrutura estatal plasmada pelas constituições contemporâneas, a sua atividade criadora tem seu desenlace possibilitado pela circunstância de operar através de sua incidência, quase que com exclusividade, sobre enunciados abertos, polissêmicos e indeterminados.

Com efeito, não é por acaso que, fixando-se no exemplo da dignidade da pessoa humana, numa análise comparativa de seu desenrolar na França e na Colômbia, Bernardo Carvajal Sánchez²¹ remata que tal princípio possui uma força criadora tamanha a permitir ao legislador e

¹⁸ Numa ligeira recordação, a partir da lição de Karl Engisch (Introdução ao pensamento jurídico. 9. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 208-209), tem-se que nos ditos conceitos indeterminados se está em situação na qual o seu conteúdo e a sua extensão são em larga medida dotados de incerteza. É possível, então, distinguir-se em tais conceitos um núcleo conceitual e um halo conceitual. A primeira hipótese sucede quando se possui uma clara noção do conteúdo e da extensão do conceito, permitindo-se cogitar quando tal não se configura, ou, inversamente, quando se caracteriza. Diversamente, quando existir dúvida acerca da sua configuração ou não, inicia-se o halo do conceito.

¹⁹ Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política. Boletim Mexicano de Direito Comparado, ano 19, n. 57, p. 842-843, set./dez. 1986. Versão para o castelhano por León Cortiñas-Peláez.

²⁰ Interpretação constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 42.

²¹ El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2005. p. 147.

ao juiz a formulação de outras normas jurídicas cuja função consiste em tutelá-lo.

Ainda no particular, não olvidar que entre nós ensina Ingo Sarlet²² que a dignidade da pessoa humana: a) possui uma função instrumental integradora e hermenêutica à medida que serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e demais normas magnas, mas de todo o ordenamento jurídico; b) consiste em critério para a formulação de um conceito material aberto dos direitos fundamentais em nossa Constituição, permitindo, desse modo, o reconhecimento de outros direitos além dos mencionados explicitamente pelo texto sobranceiro.

Outro fator que vem tornando cada vez mais indispensável o engenho criativo da jurisdição é o de que, com o surgimento encadeado de várias dimensões de direitos fundamentais, possa ser desenvolvida uma hermenêutica tendente à harmonização, nas situações do cotidiano, de espécimes que, à primeira vista, aparentem-se contraditórios.

Para tanto, imprescindível o critério da ponderação, a partir do manejo da ferramenta fornecida pelo princípio da proporcionalidade, de maneira a ser impossível evitar a inventividade judicial.

Mais um parcial remate se impõe: se é impossível dissociar função judicial e criação do direito, com maior razão assoma imperioso o reconhecimento de que, na atualidade, tal junção é mais constante quando se trata da solução de questões ou controvérsias que envolvem a aplicação de norma ou princípio constitucional.

A afirmativa se impõe inquestionavelmente qualquer que seja o sistema de jurisdição constitucional perfilhado.

III O ativismo judicial: uma alternativa possível

É comum pôr-se em forte dúvida a legitimidade do ativismo judicial, principalmente com amparo na ausência de respaldo democrático direto por parte dos juízes, ao contrário do que ocorre com os integrantes do Parlamento e do Governo.

Nos primórdios do século que se findou é conhecida a defesa da democracia parlamentar esgrimida por Carl Schmitt,²³ ao sustentar que

²² Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 223-224, 227-228.

²³ *Legalidade e legitimidade*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 25. Questionando a investida do Judiciário contra as leis, interessante a transcrição das seguintes afirmações do autor: "Essa é a

naquela a vontade do órgão parlamentar é idêntica à vontade do povo e, por isso, a decisão por maioria simples pode ser direito e lei, contanto que se verifique que aquela contém as condições intrínsecas do ânimo popular. Desse modo, o exame judicial das leis quebrantaria o sistema estatal de legalidade.

Sou de que argumento de tal natureza não mais prospera. O que se pode, a meu sentir, é cogitar da necessidade de correção de excessos que, nesse particular, a atuação judicial, como produto dum desempenho humano, poderá acarretar.

Assim pensa Bachof,²⁴ para quem os casos excepcionais de possível equivocada intromissão do juiz constitucional na esfera política não são suficientes para alterar, num balanço geral, as enormes vantagens que, na Alemanha, um controle efetivo da legislação laborou para propiciar a plena eficácia da Lei Fundamental.

Os fundamentos invocados como alicerces do ativismo judicial são muitos e podem, sem maior esforço, ser tomados por empréstimos daqueles empregados pela doutrina para respaldar a própria jurisdição constitucional.

Um bom elenco deles foi exposto por Cappelletti,²⁵ ao demonstrar a necessária legitimidade que usufrui, na atualidade, a jurisdição constitucional, bem como a capacidade criadora dos seus integrantes, porquanto: a) acha-se dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados; b) não é possível desconhecer o esforço dos tribunais em modelar suas decisões, não com arrimo nas idiossincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justiça e de equidade da comunidade; c) a justiça constitucional configura mecanismo de aumento da representatividade global do sistema através da proteção dos grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado (Legislativo e Executivo); d) a possibilidade

fórmula característica da democracia parlamentar. Em seu significado prático, volta-se atualmente sobretudo, contra a verificação judiciária de leis, pois tal controle do Judiciário por parte do Legislativo impregnaria o Estado legiferante parlamentar de elementos próprios de um Estado jurisdicional, que, enquanto corpos estranhos, põem em risco o inequívoco sistema de legalidade daquele tipo de Estado e traz problemas ao Parlamento em sua posição central como fonte de legalidade. (...) O Estado legiferante parlamentar conhece apenas um único legislador efetivo que deverá manter o monopólio da criação de Direito natural" (fls. 26).

²⁴ Op. cit., p. 843-844.

²⁵ Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque e M^a Garcia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 622-633.

de seleção dos juízes dentre as diversas camadas da população, ou ainda as facilidades para que todos os interessados possam aceder aos tribunais, fez com que a jurisdição constituísse, no Estado democrático, um forte sentimento de participação diante duma legislação e uma máquina burocrática distantes; e) em se considerando que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura onde os direitos e liberdades dos cidadãos careçam de proteção eficaz, apresenta-se como essencial daquela o controle judicial dos ramos políticos, porquanto a ideia democrática não se resume a simples maiorias, significando também participação, liberdade e tolerância.

Com alguma coincidência, muito interessante os raciocínios tecidos por José Julio Fernández Rodríguez,²⁶ ao mostrar que: a) a democracia não focaliza toda sua atenção na origem popular do poder, sendo algo também direcionado ao controle do poder, buscando evitar injustiças em sua atuação; b) a garantia da supremacia da Constituição justifica a habilitação da justiça constitucional para defender a obra do poder constituinte, o qual é expressão suprema da soberania popular;²⁷ c) compete à justiça constitucional garantir os direitos fundamentais, pois não é bastante, como nota da democracia, incorporá-los no conteúdo da Constituição, mas também defendê-los; d) à jurisdição constitucional se reserva a importante missão de defesa das minorias parlamentares, pois a derrota eleitoral não justifica o esmagamento da oposição, devendo aquela velar para que a implementação do programa de governo suceda nos termos da Norma Ápice.

Diante desse plexo de razões, de firmeza inabalável, afigura-se que a justificação da atuação inevitavelmente criadora do Judiciário na interpretação da Constituição reside nesta, cuja necessidade de garantia de seus comandos assim impõe para o bem da organização política.

Daí é de, mais uma vez, rememorar que a fase presente do Estado de Direito, embora construído com base na legalidade, não se revela apenas como uma concepção formalista, dependente da lei formal. Exige mais, qual seja uma dimensão material e valorativa.

²⁶ La justicia constitucional europea ante el siglo XXI. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 148-150.

²⁷ Esse foi o fundamento invocado por Hamilton para, no Capítulo LXXVIII de O Federalista, defender o controle judicial de constitucionalidade das leis, ao salientar que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade de manter esta dentro da autoridade do poder constituinte. Do contrário, ter-se-ia a preponderância da intenção dos mandatários sobre a do povo que os escolheu. Conferir a passagem em versão para a língua portuguesa (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOHN, Jay. O federalista: um comentário à Constituição Americana. Trad. Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959. p. 314).

Assim, a legitimidade do ativismo judicial se projeta sobre valores, ou seja, sobre paradigmas substanciais que são consagrados como pilstras do ordenamento.²⁸

Visto isso, importante fixar, mesmo sem pretensão exaustiva, mas com a necessária atenção ao nosso sistema jurídico, algumas situações nas quais o labor criativo da jurisprudência constitucional pode desenrolar-se com maior facilidade.

Chamo atenção, inicialmente, para o que pode ser denominado de interpretação evolutiva.

É algo indubitado de que o direito não foi gestado para ser um mero apanhado abstrato de normas, mas sim para atritar-se com a realidade viva dos fatos sociais. Por sua vez, a Constituição formula valores dotados da mais elevada abstração, cuja multiplicidade de sentidos permite que o intérprete os adapte a várias situações, inclusive e principalmente modulando-os para ajustá-los aos sinais dos tempos.

Na América do Norte, onde primeiro a constituição escrita passou a ser encarada como vinculativa para os governantes, é clássica a afirmação de Jefferson em carta que enviara a Madison, em 06 de setembro de 1789, quando observou que a validade de uma Constituição está limitada a uma geração.²⁹

A advertência foi seguida e possibilitou que a grande nação passasse, com notável progresso, da era da luz à vela até a era da telemática sem formalmente alterar a Constituição de 1787.

Tanto que Cardozo,³⁰ um dos maiores magistrados que abrilhantou a Suprema Corte norte-americana, jamais olvidou de que uma Constituição não estatui, nem deve estatuir, normas para a hora que se encontra a passar, mas sim princípios para um futuro em expansão. Lançou ainda advertência — que espero um dia possa ser lida e meditada pelos congressistas brasileiros — no sentido de que, caso a Lei Maior se desvie

²⁸ Sobre a perspectiva de uma legalidade menos formalista e mais inclinada às bases essenciais do sistema jurídico, lancei uma breve exposição (Administração Pública, legalidade e pós-positivismo. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 203-220), embora com a vista direcionada à movimentação da Administração Pública.

²⁹ Transcrição das correspondentes passagens pode ser lida em Robert Darnton (Os dentes falsos de George Washington: um guia não convencional para o século XVIII. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 9). Ei-las: “A terra pertence sempre à geração contemporânea (...). Cada Constituição, portanto, e cada lei, expira [sic] naturalmente ao final de dezenove anos. Se forem levadas a durar mais, trata-se de um ato de força, e não de direito”.

³⁰ La naturaleza de la función judicial. Trad. Eduardo Ponssa. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 43. Um lembrete: a afirmação acima recua a 1921, ano no qual o autor, a convite da Universidade Yale, realizou uma série de palestras, as quais foram consolidadas no livro referenciado.

dessa pauta, privilegiando a disciplina de detalhes e particularidades, perde sua flexibilidade, contraindo o seu campo de interpretação.

Recentemente, David Richards³¹ explica que os pais constituintes, ao defenderem a concepção de uma constituição permanente escrita, vislumbraram atender a uma comunidade moral de princípios, quer dizer, destinavam-se a uma empresa historicamente contínua de fixação de princípios para uma coletividade de pessoas livres, racionais e iguais, cabendo à interpretação acomodá-los às mudanças impostas pelas transformações das realidades.

Nesse diapasão, Laurence Tribe³² esclarece que a generalidade de muitos termos utilizados pelos Fundadores, tais como liberdade, devido processo e igual proteção, surge fortemente o desejo de que aqueles não pretenderam encerrar os seus correspondentes significados aos resultados e contextos nos quais foram empregados pela primeira vez, mas antes o de concitar seu desenvolvimento à luz das necessidades e do bom senso das gerações vindouras.

Portanto, o ativismo decorrente da interpretação da Lei Maior é imprescindível para a atualização dos seus princípios. Não se pode negar que tal tarefa fica comprometida quando aquela se caracteriza pelo caráter excessivamente detalhista de suas disposições, seja porque a Constituição, ao invés de contribuir para a modernização da sociedade, propende à sua petrificação, seja ainda pelo fato daquela necessitar de constantes mudanças que contribuem para banalizar a sua importância.

Outro ponto que propicia a criação do intérprete constitucional é o relativo ao desenvolvimento do princípio da igualdade. Uma de suas consequências é a prolação de sentenças aditivas, nas hipóteses onde o legislador, ao disciplinar sobre determinada matéria, prevê menos do que deveria. Por exemplo, quando abrange na norma que delineaia uma parcela de destinatários, deixando fora de seu campo de ação, sem qualquer motivo razoável, outra fração.

Exemplo disso está na ADI nº 2.652-6-DF,³³ ajuizada para impugnar a exceção constante do parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 10.358/2001, no sentido de excluir

³¹ La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional. Trad. Enrique Alonso García. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 1, p. 169, set./dez. 1988.

³² Interpretação da Constituição: o que pretendiam os fundadores: os limites da originalidade. Revista de Direito Público, ano 23, n. 93, p. 10, jan./mar. 1990. O texto faz parte de debate travado juntamente com Robert Bork, defensor de linha interpretativa mais aproximada à intenção original dos Fundadores.

³³ Pleno, v.u., rel. Min. Maurício Corrêa, DJU, 14.11.2003.

da aplicação de multa por descumprimento de decisões judiciais os advogados unicamente vinculados aos estatutos da OAB. Em sua decisão o Pretório Excelso utilizando-se da interpretação conforme, ao invés de lançar-se à declaração de inconstitucionalidade da disposição, manteve-a, estendendo seu alcance, com base na isonomia, aos representantes judiciais das pessoas jurídicas de direito público.

O campo de manifestação da isonomia, como diretriz informadora da interpretação judicial, é tamanho, que foi capaz de promover importante reforma política nos Estados Unidos da América durante a centúria passada. Tratou-se do caso *Baker v. Carr* (369 U.S. 186), julgado pela Suprema Corte norte-americana em 26.03.62, o qual foi objeto de comentário por Karl Loewenstein,³⁴ para quem a decisão excedeu em importância o julgado da segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education of Topeca*, 347 U.S. 483).

Tudo teve origem em demanda promovida por um grupo de cidadãos domiciliados em Nashville, capital do Estado do Tennessee, visando obter uma nova distribuição das vagas, no que concerne aos seus distritos eleitorais, destinadas ao legislativo estadual, cujo estabelecimento se deu em 1870, alegando que a situação atual favorecia os eleitores rurais frente aos eleitores urbanos, o que constituía uma infração do princípio da igual proteção das leis (*equal protection of laws*), estabelecido na Emenda XIV da Constituição Federal.

Os demandantes partiam do fato consoante o qual, à época da formação da União, 96% da população americana habitava no campo, enquanto que, ao instante da propositura da demanda, somente 8% da população ativa continuava no meio rural. Por isso, pretendia-se o cumprimento de obrigação jurídica, consistente na revisão, a cada dez anos, do número de vagas por distritos eleitorais, a ser realizada em face das mudanças populacionais.

A United States District Court, em primeiro grau, rechaçou a competência dos tribunais federais em dispor sobre a matéria, louvada em jurisprudência reiterada, no sentido de que as disputas eleitorais não eram possíveis de serem sindicadas em juízo, por terem a natureza de *political questions*. A Suprema Corte, diferentemente, entendeu que as cortes federais possuíam competência para tanto, alterando o entendimento até então dominante sobre o exame judicial das questões

³⁴ La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: comentario en torno al caso "Baker V. Carr". Trad. Manuel Medina. Revista de Estudios Políticos, n. 133, p. 5-39, jan./fev. 1964.

políticas, o que motivou o ajuizamento de ações similares em vários estados da União.

Reflexo da revisão das vagas eleitorais por distrito foi o de justamente permitir a eleição duma maior quantidade de parlamentares ditos progressistas em detrimento dos representantes do setor conservador-agrário, propiciando em muitos estados uma evolução favorável aos democratas frente aos republicanos.

A orientação seguiu tranquila, tanto que, ao instante em que restava concluída a tradução do escrito para o espanhol, a Suprema Corte estendeu o requisito da proporcionalidade dos distritos para as eleições para o legislativo federal. Em deliberação de 17.02.64, relacionada com a distribuição de vagas para os distritos congressuais da Geórgia, estabeleceu-se que o princípio da igualdade obriga aos Estados a fixar as vagas dos distritos para a Câmara dos Deputados em proporção ao número da população. No caso, o distrito de Atlanta, capital, com 823.680 habitantes tinha apenas um terço das vagas destinadas ao nono distrito, com 272.154 habitantes.

De destacar, ainda, o dever do Judiciário em suprir as omissões inconstitucionais, aspecto que desperta dentre nós relevo quando se considera que, demais da proclamação do art. 5º, §1º, da vigente Constituição, enunciando que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, consagra remédios jurídicos destinados para tanto, como é o caso da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

Embora tal competência possa não legitimar uma substituição do legislador na integração dos comandos constitucionais, respalda, sem sombra de dúvida, a determinação judicial de um conteúdo mínimo ou essencial para os direitos fundamentais, o qual deverá ser respeitado pelos comportamentos estatais e dos particulares.³⁵

IV Ativismo judicial: uma competência ilimitada?

É fato irrecusável que, sempre ao depois da luta contra um regime autoritário, a busca da comunidade se espraia pela constitucionalização

³⁵ A propósito, confira-se a opinião de Peter Häberle (Conversas acadêmicas com Peter Häberle. Organização de Diego Valadés. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 98), ao assinalar, diante da experiência do direito comunitário europeu, que a proteção dos direitos fundamentais se converteu no motor do judicial activism, propiciando a elaboração duma cláusula não escrita relativa ao seu conteúdo essencial, como, por exemplo, quando se garante uma igualdade entre homem e mulher, ou quando se assegura a liberdade religiosa.

do ordenamento. Assim aconteceu com as treze colônias da América do Norte quando, em repulsa às leis intoleráveis (Intolerable Acts) impostas pelo Parlamento britânico em seguida à Guerra dos Sete Anos, foi proclamada a sua independência e, onde aproximadamente onze anos mais tarde, teve lugar a promulgação da Constituição de 1787. O mesmo se deu a partir da derrocada das ditaduras ancoradas pelo totalitarismo de direita na Europa ao depois da Segunda Guerra Mundial, bem como, recentemente, com a queda dos regimes políticos dos países do leste europeu e do regime de segregação racial da África do Sul.

Para supervisionar o caráter normativo e a efetividade da Lei Máxima — que, nos dias atuais, irradia suas normas para os mais diversos setores da vida social — elegeram-se os órgãos de jurisdição constitucional.

Isso não quer expressar possa a jurisdição constitucional adjudicar a soberania que resulta da Constituição, desprezando, por completo, a importância institucional e independência do legislador democrático.

Igualmente com o que se dá na atuação dos segmentos legislativo e executivo do Estado, a competência de julgar, e principalmente aquela que arbitra solução para problemas de alcance político, não está isenta de limites.

Preciso, Helmut Simon³⁶ salientou que a decisão do poder constituinte originário por uma divisão de poderes veda uma interpretação sem limites, a qual, apagando os marcos entre interpretação e competência legislativa, transforme, sub-repticiamente, em soberano aquele a quem se conferiu o múnus de custode da Lei Fundamental.

Daí que o ativismo judicial não poderá ser um atributo sem raias ou fronteiras.

De logo, duas primeiras recomendações se fazem presentes e que guardam anterioridade ao labor das cortes ou tribunais constitucionais europeus. Consta de Cardozo,³⁷ em várias passagens do trabalho citado, a constatação de que existe um campo no qual o juiz se move com liberdade, qual seja onde haja lacuna legal, ou do precedente, mas tal não autoriza que assim atue: a) formulando, mesmo que para a hipótese concreta, regulação detalhada,³⁸ b) fazendo valer suas próprias

³⁶ La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernst et al. (Coord.). Manual de derecho constitucional. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 854.

³⁷ Op. cit., p. 36, 38, 45, 62, 64-65 e 69-71.

³⁸ Amostra evidente da censura feita por Cardozo está no julgamento de parcial procedência de ação popular que questionava validade dos atos presidenciais de contínua demarcação da terra indígena Raposa/Serra do Sol,

idiosincrasias de crença, inovando a gosto e prazer, mas antes devendo modelar o direito em conformidade com os princípios de moralidade e justiça aceitos no sistema jurídico, evitando destruir as normas vigentes com sua substituição pelo arbítrio ou sentimento individual de justiça.³⁹

Daí que as disposições com um elevado grau de determinação configuram obstáculo à atuação ativista, máxime quando portam conteúdo excepcional.

Tornando à jurisdição constitucional, a qual arbitra conflitos nos quais se controverte sobre a validade de ato oriundo dos segmentos políticos do Estado, na doutrina se alvitra uma autolimitação (judicial self restraint) do exercício das funções dos tribunais e cortes constitucionais.

Contudo, ao se procurar traçar os contornos dessas limitações, não se mostra aceitável que tal conduza a levar o guardião da Constituição a reduzir suas legítimas funções, abdicando de sua energia para adotar aquelas decisões que tendem a legar de especial valor os postulados estruturais daquela.

Muitas vezes a renúncia em decidir sobre determinadas matérias, a demonstrar um sentimento de impotência, é capaz de ser mais prejudicial à boa convivência da sociedade política do que a decisão que exceda aos confins demarcados à atuação do defensor da Constituição.

assentada na qual o Supremo Tribunal Federal (Petição nº 3.388-RR, Pleno, mv, rel. Min. Carlos Britto, Informativo – STF 539) fixou, com base em pronunciamento do Min. Menezes Direito, dezenove condicionamentos.

³⁹ Muito preocupou a Cardozo o exemplo, vivenciado na França, de Paul Magnaud, o bom juiz que, dentre os seus polêmicos julgamentos, propendeu pela descriminalização do adultério, absolvendo as esposas acusadas de infidelidade com base no entendimento de que tal comportamento não trazia prejuízo público, mas somente para a vida dos cônjuges. Descrição completa e pormenorizada do fenômeno é obtida de Carlos Maximiliano: “Uma forma original do Direito Livre, anterior, aliás, ao primeiro surto desta doutrina, encontra-se nos julgamentos do Tribunal de primeira instância, de Château-Thierry, presidido e dominado pelo bom juiz Magnaud (1889-1904). Imbuído de idéias humanitárias avançadas, o magistrado francês redigiu sentenças em estilo escorreito, lapidar, porém afastadas dos moldes comuns. Mostrava-se clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos. Nas suas mãos a lei variava segundo a classe, mentalidade religiosa ou inclinações políticas das pessoas submetidas à sua jurisdição. Na esfera criminal e correcional, e em parte na civil, sobressaiu o Bom Juiz, com exculpar os pequenos furtos, amparar a mulher e os menores, profligar erros administrativos, atacar privilégios, proteger o plebeu contra o potentado. Não jogava com a Hermenêutica, em que nem falava sequer. Tomava atitudes de tribuno; usava de linguagem de orador ou panfletário; empregava apenas argumentos humanos, sociais, e concluía o ato, dando razão a este ou àquele sem se preocupar com os textos. Era um vidente, apóstolo, evangelizador temerário, deslocado no pretório. Achou depois o seu lugar — a Câmara dos Deputados; teve a natural coorte de admiradores incondicionais — os teóricos da anarquia. Os socialistas não iam tão longe; seguiam-no a distância, com as necessárias reservas expressas” (Hermenêutica e aplicação do direito. 9. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 83). Em seguida, o autor (loc. cit., p. 83-84) não poupou críticas mordazes, dentre as quais a de que: a) toda vez que o magistrado se deixa guiar pelo sentimento, a solução do litígio se degenera em loteria, tornando-se inseguro e desconhecido o modo de cumprimento da lei; b) embora não deva o juiz considerar a lei desprovida de lacunas, sem elástico, ou deixar de adaptá-la às circunstâncias do momento, ele somente completa o texto, não podendo corrigir a sua essência nem jamais substituí-la.

O exemplo brasileiro nos oferta mostra disso. É a hipótese do injustamente obscurecido julgamento da ADI nº 1.822 – 4 – DF.⁴⁰

Formulado pelo Partido Popular Socialista (PPS), o pedido se destinava à declaração de inconstitucionalidade da expressão “um terço”, constante do inciso I e do inciso II do §2º, dos §§3º e 4º, do art. 47 da Lei nº 9.504/97, os quais disciplinam a distribuição de tempo de propaganda eleitoral gratuita nas disputas, estatuinto que, quanto a um terço, tal ocorre igualmente, e, quanto a dois terços, proporcionalmente ao número de representantes do partido ou coligação na Câmara dos Deputados.

Pretendia-se que restasse apenas dos textos normativos atacados a expressão igualmente, de modo que o tempo de propaganda gratuita fosse dividido, em partes iguais, entre os partidos que apresentassem candidatos para os mandatos correspondentes.

Para tanto, invocou-se, em suma, que se cuidava de negativa de tratamento igualitário entre partidos ou coligações, o que implicava, por via reflexa, negação do pluralismo político, pois o acesso ao debate político não ocorreria em igualdade de condições.

A decisão foi pela impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a procedência de tal postulação transformaria o Judiciário de legislador negativo para legislador positivo.

Uma pena. O resultado da acolhida do pleito, ao contrário do renunciado, enriqueceria nosso sistema representativo, com a exclusão da desigualdade existente entre as diversas correntes políticas, retratada por se colocar em posição de vantagem, para um pleito seguinte, determinado partido tendo em vista o seu êxito em disputa eleitoral passada. Todos os partidos têm de iniciar a competição em condições de igualdade, não se podendo conferir a algum deles vantagem pelo só fato de ter obtido melhor sucesso em pleito passado, pena de estar-se consagrando o que se chegou denominar de constituição semântica, a qual se materializa como espécie ideal implantada para o fim de assentar o poder dum grupo dominante.⁴¹

Ao contrário da visão da Suprema Corte norte-americana no caso *Baker v. Carr*, perdeu-se, nestas plagas, oportunidade tendente à

⁴⁰ Pleno, v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJU, 10 dez. 99.

⁴¹ A esse respeito, consultar Karl Loewenstein (Teoria de la constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1958. p. 220-222).

concretização duma saudável reforma política, capaz de prescindir da decisão proferida no MS nº 26.602 – 3 – DF.⁴²

Com o devido respeito, referido julgamento consistiu manifestação equivocada de ativismo. Isto por três razões. A primeira delas foi a não observância de critério de hermenêutica segundo o qual as normas restritivas de direito — e aqui a restritiva da cidadania passiva — hão de ser interpretadas estritamente. No caso, a superação desse critério se deu com a agravante de que coube à Lei Maior (art. 55, I a VI) a reserva de competência para enunciar as hipóteses de perda do mandato parlamentar.

Num segundo momento, o conteúdo de um direito fundamental não dispensa sua raiz histórica.⁴³ Não se pode esquecer que, nos idos da Constituição de 1967 (art. 35, V, e parágrafo único do art. 152), a previsão de ofensa à fidelidade partidária, como causa explícita de perda de mandato funcionou como maneira de coagir os parlamentares da base governista à manutenção das pretensões do regime militar.

O afastamento da aplicação do instituto quanto à eleição presidencial indireta, por força de decisão memorável do Tribunal Superior Eleitoral, permitiu que o Brasil passasse a uma nova fase de sua vida política.

Por isso, o retorno da fidelidade partidária para respaldar perda de mandato político, sem que haja sua menção no texto sobranceiro, configura arbítrio de maior gravidade do que o sistema moldado pelo regime político anterior.

Num terceiro lugar, a aplicação da orientação jurisprudencial em comento, com o passar do tempo, poderá, diante dos comandos dos partidos por pequenos grupos, conduzir-nos ao retorno à situação assemelhada à vivenciada pela República Velha, com o favorecimento ao predomínio do poder nas mãos de oligarquias. Ao futuro caberá referendar ou não o desenlace de tal resultado.

Feito esse aporte à experiência jurisprudencial brasileira, cabe-se haurir de Helmut Simon⁴⁴ o apontar de alguns parâmetros que devem

⁴² STF, Pleno, mv, rel. Min. Eros Grau, DJe, 16 out. 2008.

⁴³ Destacar Magdalena Correa Henao (La limitación de los derechos fundamentales. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003. p. 81-82) que, a propósito da análise de decisão do Tribunal Constitucional espanhol (STC nº 11/1981), o conteúdo essencial de um direito fundamental está vinculado à sua dimensão constitucional extraída da tradição jurídica que deve ser preservada por ser expressão de valores supremos do ordenamento.

⁴⁴ Op. cit., p. 850-857.

ser seguidos. O primeiro deles está na liberdade de conformação de que dispõe o legislador, salvo se, para a disciplina de determinada matéria, a Constituição fixou mandatos ou proibições.

Dentre os sete métodos que enumera como empregados pelas cortes constitucionais alemãs à própria contenção de sua missão, Bachof⁴⁵ desenvolve três que têm a ver com essa recomendação, quais sejam: a) o respeito aos fins políticos que teve em vista o legislador, os quais não podem ser controlados em sua exatidão nem em sua oportunidade, não competindo às cortes constitucionais decidir se a regulação adotada é a mais adequada ou a mais sensata; b) é permitido ao legislador, ao fundamentar suas decisões, dar preferência a determinadas valorações em detrimento de outras, não podendo a corte constitucional corrigi-lo, exceto se incidir numa motivação indubitavelmente refutável ou manifestamente equivocada; c) encontra-se a corte constitucional obrigada a aceitar os prognósticos do legislador relacionados com o desenrolar futuro da lei aprovada, ressaltando-se, mais uma vez, apenas aqueles que se encontrarem manifestamente equivocados, como sucedeu com reforma municipal em Baden-Württemberg.

Outra advertência — assinala Simon — é a de que as cortes constitucionais, em havendo dúvida, renunciem a uma cada vez mais elaborada interpretação em prol da confiança na autorregulação pelo processo político dos temas mais controvertidos.

Daí chamar a atenção, nos países da América Latina, a questão da efetividade dos direitos sociais, ou de prestação. O conselho de Peter Häberle,⁴⁶ ao ser indagado sobre o tema, consiste em que, nos países em desenvolvimento, a jurisdição constitucional irá bem caso se abster um pouco das questões de repercussão econômica e social, restringindo-se à garantia das garantias sociais mínimas necessárias à sobrevivência do ser humano, tendo em vista que, primeiramente, hão de ser criadas as riquezas para sua distribuição, atitude para a qual há que preponderar prioritariamente o agir do legislador e o do governo. O ativismo judicial, em tais Estados, segundo o autor, deveria centrar sua atenção na concretização dos direitos fundamentais clássicos e da democracia pluralista.

Por isso, é de ser afirmado que a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais há de pautar-se pela existência de normas

⁴⁵ Op. cit., p. 845-846.

⁴⁶ Op. cit., p. 2-3.

que portem densidade normativa suficiente, ou quando indispensável assegurar-se o mínimo existencial.

Isso não resulta em crítica aos salutareos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal nos MI nºs 670-9-ES⁴⁷ (direito de greve do servidor público) e 721-7-DF⁴⁸ (aposentadoria especial do servidor público).

O que sucedeu foi o emprego, diante de controvérsias concretas, do critério da analogia, hábil para colmatar lacunas legislativas, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, sendo de considerar-se, principalmente quanto ao segundo dos julgados, a necessidade de prevalência do princípio da igualdade. Não é possível, por exemplo, admitir que empregado de hospital privado, que trabalhe habitualmente exposto a radiação, possa usufruir de redução de tempo de serviço para fins de aposentadoria, enquanto o mesmo não se aplica em favor de funcionário público que labore em idêntica situação. A investitura no serviço público, sob o regime estatutário, não impede que a radiatividade venha a produzir seus danosos efeitos à saúde humana.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal não emitiu disciplina permanente, mas provisória, estando sua subsistência sob condição resolutive da atuação do legislador, traçando a disciplina de ambos os temas.

De considerar que restou respeitada a primazia do legislador para dispor sobre tais assuntos. O ingresso do Judiciário somente ocorreu, diante da longa inércia legislativa,⁴⁹ da necessidade de se ofertar respostas a fatos sociais que passaram a se renovar com assiduidade, os quais eram resultantes ora de inúmeros movimentos paredistas, ora da necessidade de solucionar os pleitos de inúmeros funcionários públicos após longo tempo de trabalho em condições semelhantes a trabalhadores da iniciativa privada, favorecidos pela redução do tempo de serviços em face do exercício de atividades penosas, insalubres e perigosas. Daí se observa que, em boa parte, o ativismo judicial à brasileira resulta do esquecimento do Congresso Nacional em regular alguns temas suscetíveis de acarretar ponderável repercussão.

A revelação da importância do legislador se centra também na técnica da interpretação conforme a Constituição, cuja formulação

⁴⁷ Pleno, mv, rel. Min. Eros Grau, DJe, 31 out. 2008.

⁴⁸ Pleno, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 30 nov. 2007.

⁴⁹ Só para se ter uma ideia, quanto à aposentadoria especial do funcionário público, a previsão de sua possibilidade, em sede constitucional, origina-se do art. 191, §4º, da Lei Magna de 1946, de sorte que a mora legislativa já prolongava por aproximadamente sessenta e um anos quando do julgamento do MI nº 721-7-DF. No particular da greve no serviço público, o julgamento do MI nº 670-9-ES se completou quando a Constituição vigente já tinha completado dezenove anos.

inicial pode ser tributada aos norte-americanos, e que consiste no aproveitamento da norma, desde que, entre os vários sentidos nos quais possa ser compreendida, um deles se harmonize com o texto sobranceiro.

O desenvolvimento do método pelas cortes constitucionais europeias conduziu ao reconhecimento das sentenças aditivas, as quais, além de conservarem a obra do legislador, permitem a salvaguarda e o desenvolvimento de outros princípios e valores constitucionais, notadamente o da isonomia.⁵⁰

Não se podem olvidar ainda outros cuidados. Um deles é a necessidade da corte constitucional em valorizar a atividade legislativa, pondo o tribunal em condições de conhecimento da realidade dos fatos, sendo salutar uma atividade de instrução, na qual se permita a participação de segmentos sociais e políticos para a coleta de informações sobre determinados aspectos da complexa vida coletiva a que se refere o ato normativo cuja validade é questionada.

A interpretação, para o fim de desembocar na invalidade duma norma, não mais pode cingir-se ao cotejo do teor literal desta com o da Constituição. Há uma enorme necessidade de conhecimento, pelos órgãos de jurisdição constitucional, das inúmeras particularidades vivenciadas pela, cada vez mais complexa, realidade social. A lei não mais pode ser analisada isoladamente como uma previsão que serve de guia para uma sociedade ideal.⁵¹

Esse cuidado se apresenta essencial no âmbito do contencioso que envolva o controle de atos administrativos, a mostrar a dificuldade de

⁵⁰ Não esquecer que as sentenças aditivas não constituem um apanágio ilimitado, encontrando algumas restrições, como as inerentes às searas nas quais emergem o monopólio da atividade legislativa como garantia individual, servindo de exemplo o direito penal (definição de crimes e penas) e o tributário (criação e majoração de tributos), bem como hipóteses de criação de despesa pública.

⁵¹ Nesse particular, invocável lição de Gilmar Mendes (Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1126), para quem a Lei nº 9.868/99, ao moldar o seu art. 9º, §1º, afastou-se do modelo hermenêutico clássico, o qual sugere que o controle de validade de normas seja feito mediante o puro contraste entre a norma examinada e a norma parâmetro, alargando-se para permitir uma investigação harmonizada entre os elementos fáticos e jurídicos. A preocupação — advirta-se — não é recente, já estando prevista pela doutrina americana no primeiro quartel da centúria passada, não sendo à toa que Benjamin Cardozo (La naturaleza de la función judicial. Granada: Editorial Comares, 2004. p. 41) advertiu que os tribunais, com constância, foram equivocadamente levados ao julgamento da validade duma lei, não por falta de compreensão dos institutos jurídicos, mas pela incompreensão dos fatos, conforme sucedeu em Nova York que, em 1907, foi invalidada uma lei que proibia o trabalho noturno das mulheres, mas que, em 1915, com um conhecimento mais completo, proporcionado por estudos e informes conduzidos por assistentes sociais, lei semelhante foi tida como razoável e válida. Por isso, acentuou: “Los tribunales saben hoy que no se debe considerar a las leyes aisladamente o in vacuo, como pronunciamientos de principios abstractos para la guía de una comunidad ideal, sino en el contorno y la armazón de las condiciones actuales, tal como son reveladas por los trabajos de los economistas y estudiosos de las Ciencias Sociales en nuestro propio país y en el extranjero” (Op. cit., p. 41-42).

exame — e consequente substituição — das escolhas realizadas pelos administradores.

Considerando-se a repercussão política das decisões que versam sobre interpretação constitucional, sejam ou não oriundas da dita fiscalização abstrata, importante é que o Judiciário reflita sobre as consequências de ordem econômica, política e social, que podem acarretar as suas decisões, pois jamais foi objetivo da Constituição construir uma comunidade ingovernável e injusta.⁵²

Tais decisões, por implicarem resultados falsos constitucionalmente, devem induzir o juiz a uma nova verificação acerca do assunto, podendo então adotar outra interpretação que se manifeste mais satisfatória para a efetividade da Constituição.

Isso ocorre com assiduidade nos sistemas influenciados pelo common law, nos quais é permitido ao tribunal justificar o seu afastamento do precedente (overruling) quando se verifica que o mesmo tribunal, ou superior, aporta na conclusão de que aquela orientação ensejou a formação de um bad law.

Interessante exemplo ocorreu por ocasião do julgamento da ADI nº 1.232,⁵³ ao ser assentada a constitucionalidade do art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93, que estabelece para a demonstração da miserabilidade, indispensável à fruição do benefício assistencial, critério matemático. Na ocasião foi recusada ressalva do relator no sentido de permitir ao magistrado do feito, em situações especiais, compreender presente a miserabilidade mesmo quando a renda familiar superar um quarto do salário mínimo. Vislumbrada, posteriormente, a manifesta inadequação do entendimento, bem assim o seu prejuízo ao objetivo da política assistencial do Estado brasileiro, os ministros do Supremo Tribunal Federal, novamente examinando o assunto sob debate, durante decisões monocráticas, vêm, sob fundamentos diversos, negando seguimento, ou denegando liminar, nas várias reclamações ajuizadas pelo INSS contra deliberações que dissentem da rigidez da orientação firmada na ADI nº 1.232.⁵⁴

⁵² De interesse recordar apreciação da ADI nº 4–DF (Pleno, mv, rel. Min. Sydney Sanches, DJU, p. 12637, 25 set. 93), assentada na qual foi reconhecida a não aplicabilidade imediata do §3º da redação originária do art. 192 da Constituição. Muito embora se possa vislumbrar em dito preceito, por sua estrutura linguística, condições de sua incidência direta, sem intervenção do legislador, o pensar prevalecente foi mais sensato em evitar resultados gravosos à economia nacional, pois se afigura absurdo, só por si, que se atribua à Lei Fundamental, cuja estabilidade de seus preceitos é característica irrenunciável, competência para fixar taxa de juros, as quais variam ao sabor das oscilações da política econômica.

⁵³ Pleno, mv, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, 01 jun. 2001.

⁵⁴ Consultar: Rcl nº 4374, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 26 fev. 2007; Rcl nº 3.805/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ, 18 out. 2006; Rcl nº 4.422/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 30 jun. 2006; Rcl nº 4.133/RS, rel. Min. Carlos

Satisfatório haver o assunto sido resolvido dessa forma, porque, do contrário, teríamos o predomínio da inacreditável pretensão de solapamento da equidade.

Ainda em torno desse particular, noticia Bachof⁵⁵ que as cortes constitucionais, em situações onde a inconstitucionalidade assoma como manifesta, mas que do vazio normativo possa advir gravosos resultados, têm concebido, dentro do imprescindivelmente necessário, traçar uma disciplina provisória para que o legislador, sob a pressão do tempo, formule uma nova e válida disciplina. Foi, entre nós, a hipótese que prevaleceu na ADI nº 3.682-3-MT,⁵⁶ até que o problema foi solucionado pela EC nº 57/2008.

Aspecto interessante condiz com a chamada mutação constitucional. Pela magnitude de sua eficácia prática equivaler a transmudar a corte constitucional em constituinte reformador, amoldando a Constituição ao evolver da sociedade, não esconde um limite óbvio, conforme afirma Hesse,⁵⁷ consistente na inadmissibilidade de resultar em interpretação que esteja em aberta contradição com o texto constitucional.

V Síntese conclusiva

Ao final das considerações tecidas, torna-se possível resumir os remates a seguir:

- a) a impossibilidade do legislador em acompanhar a movimentação dos fatos sociais, com a mesma rapidez que estes se desenrolam, faz com que o ponto elevado de um sistema jurídico consista no dom criador do juiz quando, através do desenvolvimento dos seus princípios nucleares, desincumbe-se da solução dos casos concretos;
- b) a partir da segunda metade do século pretérito, coube à Constituição, em substituição aos códigos, condensar os princípios e valores que informam e justificam o ordenamento, decorrendo daí o atributo da jurisdição constitucional para concretizar e desenvolvê-los, tarefa para a qual é inevitável o engenho criativo;

Britto, DJ, 30.06.2006; Rcl nº 4.366/PE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ, 01 jun. 2006; Rcl nº 4.280/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ, 30 jun. 2006 e Rcl nº 4.164/RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 29 maio. 2006.

⁵⁵ Op. cit., p. 848-849.

⁵⁶ Pleno, v.u., rel. Min. Gilmar Mendes, DJU, 06 set. 2007.

⁵⁷ Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. (Coord.). Manual de derecho constitucional. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 83.

- c) os contornos atuais que impregnam o Estado de Direito se afastam de concepção majoritariamente formal, privilegiando, pelo contrário, uma ordem material de valores, de modo a temperar a crença de que a democracia não se resume à fonte popular do poder, antes reclamando o controle deste e a guarda da Constituição, o que legitima a ação interpretativa da jurisdição para a desenvolvimento dos comandos e princípios eleitos pelo constituinte originário;
- d) a conquista da competência de interpretar de forma vinculativa a Constituição por parte da jurisdição constitucional, não implica concessão a esta da soberania estatal por completo, com o aniquilamento da função legislativa e de governo, justificando-se a limitação de sua atividade de controle, evitando, contudo, que tais restrições conduzam à impotência de sua missão.

Judicial Activism: Possibilities and Limits

Abstract: The inability of the legislature to discipline all social facts has made essential the creative activity of the judge, especially when interpreting the Constitution. Such creativity, however, should not destroy the legislative and governmental activities, but has to be exercised in a limited way.

Key words: Judicial activism. Interpretation. Constitution. Constitutional jurisdiction.

Referências

- BACHOF, Otto. Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política. Trad. León Cortiñas-Peláez. *Boletim Mexicano de Direito Comparado*, ano 19, n. 57, set./dez. 1986.
- BORK, Robert H.; TRIBE, Laurence H. Interpretação da Constituição: o que pretendiam os fundadores: os limites da originalidade. *Revista de Direito Público*, ano 23, n. 93, jan./mar. 1990.
- BRETONE, Mário. História do direito romano. Trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.
- BUJÁN, Antonio Fernández. Derecho público romano y recepción del derecho romano en Europa. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque e M^a Garcia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- CARDOZO, Benjamin Nathan. La naturaleza de la función judicial. Trad. Eduardo Ponsa. Granada: Editorial Comares, 2004.

- CARVAJAL SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2005.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. Tratado de direito civil português. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DARNTON, Robert. Os dentes falsos de George Washington: um guia não convencional para o século XVIII. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- FERRER, Juz de la Cruz. La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del derecho público francés. Revista de Administración Pública, n. 111, set./dez. 1986.
- FLÓREZ VALDÉS, Joaquin Arce y. Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional. Madrid: Civitas, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985.
- GOUVEIA, Jorge Barcelar. O valor positivo do acto inconstitucional. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.
- HÄBERLE, Peter. Conversas académicas com Peter Häberle. Organização de Diego Valadés. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JHON, Jay. O federalista: um comentário à Constituição Americana. Trad. Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.
- HENAO, Magdalena Correa. La limitación de los derechos fundamentales. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003.
- HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. (Coord.). Manual de derecho constitucional. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- KASER, Max. Direito privado romano. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: comentario en torno al caso "Baker V. Carr". Trad. Manuel Medina. Revista de Estudios Políticos, n. 133, jan./fev. 1964.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 9. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de la Brède et de. O espírito das leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Ed. UnB, 1982.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública, legalidade e pós-positivismo. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PORTALIS, Jean Marie Etienne. Discurso preliminar al Código Civil francés. Madrid: Civitas, 1997. I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson.

RADBRUCH, Gustav. El espíritu del derecho inglés. Madrid: Marcial Pons, 2001.

RICHARDS, David A. J. La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional. Trad. Enrique Alonso García. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 1, set./dez. 1988.

RIVERO, Jean. Direito administrativo. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. La justicia constitucional europea ante el siglo XXI. Trad. Juan Carlos Peg Ros. 2. ed. Madri: Tectnos, 2002. p. 148-150.

ROSS, Alf. Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas. Trad. José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

SÁNCHEZ, Bernardo Carvajal. El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2005.

SARLET, Ingo. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). Dos princípios constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHMITT, Carl. Legalidade e legitimidade. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Ed., 1996.

SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernst et al. (Coord.). Manual de derecho constitucional. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 91-117, jan./mar. 2011.

Recebido em: 03.12.10

Aprovado em: 15.03.11