

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM DIREITO

HUGO VINICIUS CASTRO JIMÉNEZ

O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA
Novos caminhos e paradigmas para a hermenêutica constitucional

RECIFE
2013

HUGO VINICIUS CASTRO JIMÉNEZ

O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA
Novos caminhos e paradigmas para a hermenêutica constitucional

Dissertação apresentada à Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para avaliação no Curso de Mestrado em Direito com área de concentração em Jurisdição e Direitos Humanos.

Professor Orientador: Dr. Sergio Torres Teixeira.

RECIFE
2013

HUGO VINICIUS CASTRO JIMÉNEZ

O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA
Novos caminhos e paradigmas para a hermenêutica
constitucional

Monografia defendida e aprovada em ____/____/____, pela banca examinadora
constituída pelos professores:

Banca Examinadora

Prof. Drº José Soares Filho
Examinador

Prof. Drº. Francisco Caetano Pereira.
Examinador

Prof. Drº. André Regis - UFPE
Examinador externo

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira
Orientador

HOMENAGEM ESPECIAL

Especialmente a minha esposa amor da minha vida Mary Adriany, presente em todo labor, nas noites sem dormir, preocupações e também nas alegrias e vitórias, por tudo sempre, a você dedico o presente trabalho.

Ao meu filho Lukas Vinicius artífice do bem, que na sua inocência já demonstrou tanto apreço a uma justa ponderação e pelo seu amor aos livros. No desejo que continue sempre assim e que Deus a abençoe nas travessias e dificuldades inevitáveis da vida.

A Jesus Cristo que presente em minha vida guia-me com fé na trilha de saber que és “o caminho, a verdade e a vida”.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Maria Santíssima, quem entre tantas invocações responde Aparecida Padroeira do Brasil, para que ilumine a cidadania e o espírito de constitucionalidade entre nós.

Aos meus pais Hugo e Geralda começo da minha caminhada e exemplos vivos de família cristã.

A minha esposa amada Mary Adrianly auxiliadora que Deus escolheu e encontrou em minha vida.

Ao meu filho Lukas Vinícius “pequeno e grande” cidadão e cristão já tão profundo em seus paradigmas de vida.

Aos meus colegas Magistrados ,que no silêncio diário e no trabalho diuturno transformam “sem aplausos” e constroem alheios a tantas críticas um “Novo Judiciário” e um novo Brasil.

AGRADECIMENTOS

A Deus todo poderoso que em suas diversas manifestações não desampara a ninguém e reflete em bênçãos o tamanho e o cotidiano de todos.

Ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Católica, e a esta como experiência viva de prática cristã.

Ao professor Dr. Sérgio Torres Teixeira pela orientação do presente trabalho, e pela oportunidade de mais uma convivência salutar com o exemplo vivo de professor e magistrado que dignifica a vida acadêmica pelo seu valor intelectual e humano.

Agradeço à Banca Examinadora da dissertação nas pessoas dos Profs .Drs. José Soares Filho ,Pe .Francisco Caetano e ao examinador externo (UFPE) André Régis pelas valiosas intervenções

Agradecimento especial ao Professor Dr. José Soares Filho que entre encontros e desencontros constitui forte exemplo de moral de vida acadêmica.

Aos Professores e Coordenadores da PPG em Ciências Jurídicas Professora Dra. Marília Montenegro e o Professor Dr. João Paulo Allain Teixeira pelas orientações e considerações para comigo.

Agradeço em tempo aos Mestres presentes em oportunidade Professores Drs. Lúcio Grassi, Gustavo Ferreira Santos e Virgínia Colares.

Especialmente ao Professor Jorge Cândido de Lima pelas lições várias, e também de vida o respeito e amizade acompanham minha eterna gratidão.

Aos funcionários do PPG da Universidade Católica de Pernambuco, Nicéias, Nélia e Sérgio.

Aos professores, Marcos Ehrardt, Cristiano Chaves de Farias e Jackson Borges, pelo apoio de sempre.

Aos professores Drs. João Maurício Adeodato, Zélio Furtado e Vera Regina Della Santa pelo incentivo a continuar e não desistir da vida acadêmica.

Ao Tribunal de Justiça de Pernambuco instituição que cresce como baluarte do estado de Direito e que me orgulho de pertencer.

A mesa diretora do TJPE nas pessoas dos Desembargadores Jovaldo Nunes ,Frederico Neves e Fernando Ferreira

Aos desembargadores Leopoldo Raposo ,José Fernandes de Lemos e Jones Figueirêdo com quem compartilho sentimentos de gratidão.

Ao colega e corregedor auxiliar José André Barbosa Pinto espírito zeloso e sempre amigo a orientar desinteressadamente a todos.

Aos meus pais Hugo Miguel Jiménez Salinas e a Geralda Castro de Jiménez pelos anos e anos de sacrifícios devotados ao amor e carinho e por semearem aos filhos o denodo pelo bem, a honestidade e os estudos. Minha eterna gratidão e amor.

A minha família que Deus ajuda a construir a cada dia. Minha amada esposa Mary Adriany Barbosa Alves de Jiménez por ser fiel companheira de lutas e partícipe de todos os meus sonhos e tão importante em muitas decisões, o meu eterno amor.

A meu querido filho Lukas Vinícius Cícero Barbosa Jiménez, que ainda pequeno demonstra apreço pelos estudos e pela leitura. Que Deus o abençoe.

A irmã Stella Maris pelo início do incentivo ao ingresso a vida acadêmica.

A cunhada e comadre Michelline Andressa pelas conversas, reflexões e por ser pontes em oportunidades felizes da vida.

Aos sogros Amaro Alves dos Santos e Marlene Rafael Barbosa, por constituírem presentes em bênçãos incentivos e ajudas ao longo da estrada.

As queridas tias espirituais Nair, Alaíde, Maria e mais Terezinha, e Zilda (*in memoriam*) pelo carinho, apoio em todos os projetos. Minha eterna gratidão.

Ao casal Luís Vasconcelos Castro e Marluce Vasconcelos Castro em extensão outros tios espirituais. Minha eterna gratidão.

A minha avó Belisa Balduino de Castro, pelo exemplo de sabedoria, que em algum dia nos encontraremos.

Ao Pe. Geraldo Leite Bastos, parte saudosa da minha “família espiritual”.

A Simone Digitação e equipe pela ajuda e paciência no caminhar do trabalho.

Obrigado aos amigos da terra e do céu, “ninguém faz nada sozinho”
(anônimo).

RESUMO

É o estudo, proposto a ser efetivado, considera por evento os desafios do Judiciário na contemporaneidade, visto que existe além de uma sobrecarga ao poder em estudo, também uma maior complexidade nas demandas e assim exige-se do Judiciário a mais que uma postura diferenciada e proativa, instrumentos hábeis para confrontar os novos questionamentos da sociedade pós-moderna. A função do ativismo judicial e da judicialização da vida oriundas da problematização referida, ensejam, por fim, o estudo mais apurado de um Judiciário Intérprete da Constituição sempre que vindicado ou não, de modo que o estudo presente procura observar além da controvérsia de essa nova postura judicial ser favorável ou não a coletividade, antes disso objetiva-se constatar tal fenômeno e o papel que o mesmo desenvolve na construção da agnominada nova hermenêutica constitucional. A proposta presente consiste em acurar os estudos produzidos, em nível doutrinário e acadêmico, e constatar a fenomenologia em alusão, através de jurisprudência e de julgados, em anexo apropriados.

Palavras-chave: 1. Contemporaneidade; 2. Complexidade das demandas, 3. Ativismo Judicial; 4. Judicialização da vida; 5. Hermenêutica.

ABSTRACT

This Study, intended being accomplished, views, as an event, the judiciary power's challenges in Contemporaneity. One must take into account the fact that there is beyond an overburden concerning the above-mentioned power, here, in study, as well as a greater complexity in its lawsuits and so one demands from the Judiciary Power further than a differentiated and positive propense posture - one demands - dexterous instruments in order to confront postmodern society's new question's judicial liability and life judicialization function, derived from the abovementioned problematization, give, at the end, opportunity to a Constitution Judiciary Interpreter more careful Study whenever vindicated or not, so that this Study searches - tries - observing, beyond the controversy regarding to the new judicial posture whether it is favourable or not to the collectivity. First of all, one means finding out such a phenomenon and the role it develops in the so-called new constitutional construction. This present proposal consists in accurating the studies produced in doctrinal and academic level and verifying the phenomenology under allusion through jurisprudence and judged ones in proper annex.

Keywords: Contemporaneity; Complexity Concerning the Pledges; Judicial Activism; Life Judicialization; Hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 O ACESSO A JUSTIÇA E O “NOVO JUDICIÁRIO”	10
1.1 O Acesso a Justiça em Si Mesmo	12
1.2 O Conceito de Acesso à Justiça e suas Dimensões	14
1.3 O Acesso à Justiça em Face de Nova Ópticas	23
2 OS VETORES HERMENÊUTICOS DO JUDICIÁRIO	28
2.1 O Papel dos Princípios no Contexto Hodierno	29
2.2 O viés interpretativo dos princípios e a viragem linguística	33
2.2.1 A linguagem e o viés interpretativo	34
2.2.2 A Análise Concreta dos fenômenos ante casos judiciais	37
2.3 O princípio da Proporcionalidade como princípio interpretativo	39
2.4 O Princípio da Dignidade Humana como vetor hermenêutico	46
2.5 A Interpretação Conforme a Constituição.....	51
3 O ATIVISMO JUDICIAL.....	57
3.1 Origens do Ativismo Judicial	59
3.2 O Ativismo judicial e a constitucionalização de direitos.....	63
4 O ATIVISMO JUDICIAL VERSUS JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA	68
4.1 Á Construção de uma nova Hermenêutica Constitucional Pelo Ativismo Judicial e a Judicialização da Vida.....	74
4.1.1 O Contributo da Hermenêutica Filosófica.....	80
4.1.2 O Contributo do Método Concretista Como um Meio.....	90
4.2 Superando O Problema da Súmula Vinculante	95
4.3 A Postura Ativista e o Confronto com os Problemas Sociais e Políticos.....	100
CONCLUSÕES	111
REFERÊNCIAS.....	114
ANEXOS	121

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui por escopo abordar o tema ativismo judicial e a judicialização da vida, enquanto caminho para um novo viés da interpretação constitucional.

A proposta que culmina na presente, desenvolve uma observação peculiar sobre um dos aspectos de cunho político-jurídico a que chegou a sociedade pós-moderna, ou seja, o estudo em epígrafe faz frente à discussão em torno não apenas do volume, mas das novas e complexas espécies de demandas propostas ao Judiciário, que exigem e fazem gerar uma nova perspectiva hermenêutica antes pouco vislumbrada.

É verdade que não se pode passar pelo tema, sem se debruçar sobre o confronto mais que conceitual acerca da natureza ontológica do ativismo judicial como postura proativa.

E em face da judicialização da vida em resposta a proibição do “*non liquet*” do Poder Judiciário. No presente estudo às polêmicas acerca da virtuosidade da postura ativista ou não, por tempo não são olvidadas.

Entrementes, o objetivo almejado do presente é mais que constatar e estudar a proficuidade dos fenômenos em tela, como também apontar os mesmos como caminhos para a construção de uma nova hermenêutica constitucional nos dias atuais. Tal postura vai além do que cingir-se a repetir a distinção entre princípios e regras ou mesmo tratar princípios que aqui serão estudados em releitura como uma verdadeira panacéia para os nuances das demandas contemporâneas.

Sabe-se que nesta esteira devem ser evitados como mal costume, a idéia de colocar na “vala comum” referências de produções cronológicas distintas e a aplicação consentânea das mesmas. Frise-se que os princípios constitucionais que já debatidos há algum tempo são ora revisitados para uma melhor compreensão dos instrumentos disponíveis na construção da nova hermenêutica judicial em debate.

No mesmo sentido do referido supra, o constitucionalismo contemporâneo apresenta a interpretação conforme, como caminho a ser palmilhado pelo Poder Judiciário, em seguida confrontado com o problema estabelecido em nível de Jurisdição Constitucional pelo implemento da Súmula Vinculante.

Vale então ressaltar, que a finalidade presente procura por desiderato mais que confrontar ou diferenciar os fenômenos em alusão, como cenário do neoconstitucionalismo como que por assim dizer.

Em termos mais específicos, sem querer ser redundante o palco para discussões antes situado apenas em outras esferas, chega às raias do poder judicante, não mais tão equidistante e frio às polêmicas e discussões de celeumas na ordem jurídica e social.

Ao revés mesmo de um judiciário que ora ou outra, pronunciava-se de forma mais vanguardista, por contrário se observa que o Estado Juiz “convidado” ou “não” participa de outra forma na emolduração dos questionamentos político-sociais.

A bastar, se não apenas no presente, a mais que a discussão entre correntes favoráveis ou não aos fenômenos em altercação. Vale o estudo a testificar que em face dos cenários apresentados ao “novo juiz” são necessários “novos instrumentos”, e nessa tônica insere-se a hermenêutica constitucional, sua práxis e seus novos e contemporâneos paradigmas.

1 O ACESSO A JUSTIÇA E O “NOVO JUDICIÁRIO”

O propósito a ser alcançado neste particular envolve por assim dizer, postura dos juízes a abandonar o velho “hermetismo” e observar traços comuns do ativismo judicial e da judicialização da vida com o acesso à justiça.

A mais do que se estribar o acesso à justiça a partir do “rio” que divide as águas em Cappelletti e Garth como observar-se-á buscar uma congenereidade entre os fenômenos, sem deixar de atentar para os aportes imprescindíveis entre os mesmos que enseja em passo significativo para o desiderato final.

Posto que, o acesso à justiça a mais que constituir um direito fundamental, quase que universal dado o seu patamar de *standard* jurídico consoante atestar-se-á consolida o aspecto democrático por assim dizer, no concernente aos “*jus postulandi*” do cidadão.

Veja que, em respeito ao art. 133 da CF/88¹ e a exigência imprescindível da justiça, é de se perfazer que o espraiamento de oportunidades, sobremaneira nos países que formam o bloco a enfileirar os alçados ao estigma de periféricos, como o Brasil não parece encontrar-se distante da realidade, de modo que o grau de importância do acesso à justiça em casos como o pátrio majora.

O que se aventa nesta, é que os caminhos que levam o cidadão comum às fronteiras do Judiciário, são em tempo cada vez maior, e não bastante de forma cada vez mais complexas.

Os aforismos latinos, os tecnicismos rebuscados, em tudo e com a devida proporção ao que se tergiversa na extrema judicialização da vida, ou judicialização da política, ou judicialização dos problemas sociais, o que se busca evidenciar é o alheamento do cidadão comum e a distância deste último para com o Judiciário, que necessita e tende a ser menor.

E tende a ser menor, porque noutra profusão da temática central ora abordada, estuda-se o judiciário proativo. Que interpreta as normas em face das situações, comportando-se não mais tão estático. E pode-se assim dizer que isto

¹ O dispositivo constitucional prescreve na Constituição de 1988 a imprescindibilidade do advogado nas ações judiciais como em letra: “art. 133 - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

implica ao menos em tese, de que haja ao cidadão comum as disponibilidades do aparelhamento judicial de acesso necessário e por dizer é claro efetivo.

Assim, é preciso abandonar a velha práxis do formalismo exacerbado que tantas vezes obstaculizou o pleno acesso ao Estado Juiz. E como se disse, muito mais em observação efetiva a proteção dos Direitos Fundamentais no Brasil. Pois a cuidar da observação em Andreas Krell² professor da Universidade Federal de Alagoas a atividade ultrapassada de grande parte dos juristas, para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico, torna-se ainda resquício de um período autoritário.

Dada a contemporaneidade dos temas e de entrelaçamentos necessários, urge o desafio por novas reflexões atinentes a “um novo juiz³” hermeneuta e aplicador da Constituição em perspectiva a abandonar antigos hábitos.

1.1 O Acesso a Justiça em Si Mesmo

Tem sido de crescente importância, muito embora sua fenomenologia se constate outrora, que o acesso à justiça, sintetiza uma conquista e uma ânsia quase sempre que remete todos a obra de mesmo nome e de autoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Quiçá por que a fenomenologia em apreço, tenha se aperfeiçoado através de tal estudo que fez uma prospecção das origens do mesmo considerando desde o período do “*lasseiz-faire*”, acompanhado ante a complexidade das sociedades envolvidas, com o crescimento e desenvolvimento da noção de direitos humanos⁴.

Assim, os autores em relevo pontuam⁵ que a expressão “acesso à justiça” é de reconhecida e difícil definição, mas serve para definir dois objetivos básicos do sistema jurídico, de modo pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado.

² KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris. Editor. 2002, p. 71

³ Com base no autor acima, há uma nova postura do judiciário (idem, ibidem)

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p.10.

⁵ Idem; ibidem, p. 8.

Deste modo, Garth e Cappelletti realçam que o sistema deve ser; igualmente acessível a todos, e em segundo plano deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Salientam então, que o desiderato do estudo⁶ manifesta-se em delinear o surgimento e o desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que o referido acesso apresenta nas sociedades contemporâneas.

Outro aspecto a ser frisado, atrela-se ao contexto que o acesso à justiça se descortina. Tanto que um dos atributos para a efetividade perfeita e almejada pelo acesso à justiça resultaria na completa “igualdade de armas” a que faz menção Cappelletti e Garth⁷. Desta feita, para os autores em lume, considerando como e a que custo seguir o objetivo utópico, ainda assim seria necessário identificar os obstáculos a serem confrontados⁸.

Nesta esteira é que destacam-se como obstáculos pontuados por Cappelletti e Garth as custas e o tempo. Todavia, é importante aferir que no afã de buscar a efetividade do processo com a mitigação de certos conceitos processuais, assim chegou-se a partir de 1965, conforme os autores aludidos as ondas do acesso à justiça.

Em suma, como enfatizou-se supra, as ondas representam as etapas ou fases percorridas na trilha do acesso à justiça tanto que ainda que “*en passant*” não é demais recordar, na primeira onda a assistência judiciária aos pobres, na segunda onda constante a representação dos interesses difusos e a terceira a representação e uma concepção mais ampla sobre o mesmo.

Deste modo, é lapidar para o enfoque adentrar com maior acuidade que quanto a primeira onda, os sistemas de assistências judiciária se sobressaem com o sistema “*judicare*” (onde os advogados do Estado são pagos pelo mesmo) ou ainda do sistema que consagra o advogado remunerado pelos cofres públicos; ou mesmo o sistema misto.

Tudo isto, possui relevância, mas é possível priorizar que ora põe-se em relevo a evolução do fenômeno. Perpassando o mesmo em termos contemporâneos

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p 8.

⁷ Idem; Op cit. p. 15

⁸ Idem; Ibidem.

à segunda onda, que reside nos interesses difusos até culminar à justiça. Acesso este, que envolve a evolução para a mais, que as demandas coletivas, ou mesmo difusa, de maneira a redundantemente alcançar um aspecto de alteridade sem exclusões.

1.2 O Conceito de Acesso à Justiça e suas Dimensões

Não é por demais observar que o tratamento ainda que perquirido do acesso a justiça “em si mesmo”, não suficiente aclarou pontuações necessárias, ainda que considerando o aporte do mesmo para com os fenômenos centrais do ativismo judicial e da judicialização da vida.

Sendo assim, se faz *mister* inserir ao presente, a incursão em torno do próprio conceito de acesso à justiça e suas dimensões.

Melhor que qualquer outra menção, com o devido respeito, é aquela advinda de Mauro Cappelletti e Bryan Garth⁹, donde os mesmos enfatizam que o aludido conceito vem sofrendo transformação paulatina com o passar do tempo.

Perpassar, os autores de envergadura lapidar sobre o tema¹⁰ que a discussão desde os estados liberais “burgueses” dos século dezoito e dezenove refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Assim, direito ao acesso à proteção judicial¹¹ significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar, uma ação.

Em proporção, na época conhecida pelo “*laissez-faire*” cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos, sofrendo pois transformação radical¹². Desse modo, com o maior relevo do aspecto coletivo que o individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos o que refletiu de forma típica nas conhecidas “declarações de direito”¹³.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p 8.

¹⁰ Idem; Op, cit. p. 10

¹¹ Idem; Ibidem.

¹² Idem; Op. cit. p. 56.

¹³ Idem; Op. cit. p. 57.

Dentro de uma visão mais hodierna, os autores em colação¹⁴ ponderam que o acesso à justiça, pode ser conceituado assim:

O Acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualista. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica¹⁵.

Encarado como requisito fundamental do sistema jurídico, sendo o mais básico dos direitos humanos, posto num sistema com a pretensão de ser em palavras dos mesmos¹⁶ moderno e igualitário e que pretenda garantir e não apenas proclamar o direito de todos.

Adiantam os veiculados autores¹⁷ que seja a preferência no enfoque do acesso à justiça a assim ser o caminho da efetividade dos mesmos, bem como caracterizam o crescimento do estudo moderno do processo civil. Dentro do teor abordado, as palavras textuais de Cappelletti e Bryan Garth asseveram uma ação.

Fazendo uma releitura, e por que não dizer contextualizando o acesso à justiça e suas noções, numa perspectiva que o próprio chama de pós-moderna¹⁸ José Mário Wanderley Gomes Neto¹⁹ enuncia com percuciência:

O redirecionamento epistemológico que decorre deste conjunto de novos conceitos e paradigmas, apresentados por Cappelletti à ciência processual, rompe com a tradição estritamente racionalista do sistema processual – a qual tem sua atenção dirigida unicamente à norma processual e seus instintos formais, confiante na repercussão material surgida de qualquer ajuste operacional no plano lógico-sistêmico ou de limitadas inserções de cunho hermenêutico.

Da mesma maneira, implica numa crucial troca de postura em relação aos operadores do sistema jurídico, em especial os magistrados, alçando o valor efetividade da prestação jurisdicional ao patamar da relevância suficiente a integrar rol dos critérios a serem observados estritamente vinculada às exigências formais dos procedimentos e da investigação especulativa acerca dos conceitos e demais estruturas abstratas.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p. 31.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Análise desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2005, p. 56.

¹⁷ Recordando que o professor José Mário Wanderley Gomes Neto, chama de pós-modernismo todo aquele movimento questionador dos poderes da razão sobre fenômenos do universo. E que seria o pós-modernismo para ele uma nova corrente em matéria de pensamento, arte, crítica, epistemologia e outros ramos do saber humano. (GOMES NETO, Op. cit., p.38/39).

¹⁸ Idem, ibidem.

¹⁹ Id, ibidem, p. 56.

A obra em referência acerca do acesso à justiça em Cappelletti e Garth é marcante em traçar as dimensões do direito fundamental em tela, a partir de elos que seguem uma sequência aproximadamente cronológica, interrelacionando os seus conteúdos, e observando transformações conceituais de modo a estabelecer quanto a este fenômeno processual novos nortes e paradigmas, consoante quando da atividade de resolução dos conflitos de interesse.

E arremata o estudioso²⁰ de modo a fazer um entrelace a postura perseguida em face dos fenômenos em espectro central e ante os contemporâneos paradigmas que esta mudança de postura vem a resgatar natureza do próprio fenômeno jurídico processual, ao estabelecer responsabilidades ativas ao magistrado e ao professor de direito processual, expandido o perímetro de sua atuação racional para além da usual solução da lide.

A primeira preocupação advém da possibilidade de democratizar ao exercício cidadão como se disse nesta, o direito fundamental deste de provocar a atividade jurisdicional do Estado.

Por tal evocação que de forma implícita revela irradiações carnelluttiana, mesmo assim é necessário adequar a contemporaneidade dos direitos fundamentais em sua era como a frente observar-se-á.

De maneira que descortinado o acesso à justiça aos pobres em face da Constituição Brasileira, não se pode ignorar a exposição do acesso à justiça a mais que simplesmente a necessidade da intervenção do advogado gratuito ou da defensoria pública.

Ao revés fulcra-se o direito fundamental em escopo como abroquelado no art. 5º, incisos XXXV²¹ e LXXIV²² da CB.

Cappelletti e Garth²³ evidenciam que na maior parte das sociedades o auxílio de um advogado é imprescindível, por isso a ênfase dada aqui ao art. 133 da CR.

²⁰ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Análise desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2005, p. 71.

²¹ Art.5, Inciso XXXV da Constituição Federal do Brasil: “A Lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²² Art. 5º LXXIV da Constituição Federal do Brasil: “O estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”.

Os autores em destaque²⁴ por oportuno, revelam que nas economias de mercado os advogados, em especial os mais experientes e altamente competentes, tendem a dedicar mais o seu tempo ao trabalho remunerado, como é compreensível do que à assistência judiciária gratuita.

O que para evitar excessos de caridade, na palavra dos mencionados autores²⁵ há sempre limites a serem respeitados; o que por evidência faz fracassar iniciativas como tais.

Paulatinamente ocorreram mudanças²⁶ ora na Alemanha, ora na Inglaterra, nos dois casos marcados por governos de perfis similares (social democrata na primeira e trabalhista na segunda), de todo modo e de maneira marcante maiores mudanças ocorrem a partir da década de 60²⁷ que colocou a Assistência Judiciária no topo das reformas judiciais.

Tais reformas a iniciar em 1965²⁸ nos EUA com o “*Office of Economic Opportunity (OEO)*”, e assim a profusão da assistência ganhou o mundo no início da década de 70.

Tanto assim, que em janeiro de 1972 na França implementou-se o esquema de assistência Judiciária a substituir seu esquema do século dezenove, baseado em serviço gratuito prestado pelos advogados num enfoque mais moderno de “*securité sociale*” no qual os custos dos honorários eram suportados pelo Estado²⁹.

De todo modo é revelador em muitos autores, que o fato da não disponibilidade de advogados aos mais carentes, segmenta o primeiro entrave ao pleno acesso.

Nesse diapasão, a observação de Fredie Didier Jr e Rafael Oliveira lecionam³⁰:

Para transpor esse óbice financeiro, o Estado, que ainda detém o monopólio da jurisdição (ressalvado a arbitragem convencional), teve que garantir ao cidadão carente de recursos econômicos os meios necessários para o livre acesso à justiça. Nesse intuito, a Constituição Federal de 1988 previu, em seu art. 5º, LXXXIV, a assistência Jurídica integral e gratuita.

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p. 31/32.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Id. ibidem, p.33/34

²⁷ Id. Ibidem, p. 34.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ DIDIER Junior, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da justiça gratuita**. Aspectos processuais da lei de assistência judiciária (Lei Federal nº 1060/50). Vol I. Salvador: Jus Podium. 2004. p.3

Aliás, a tratar o problema com exatidão o sociólogo de referência Boaventura de Sousa Santos³¹ observa:

Quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que saiba onde, como e quando pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.

Sobre experiência efetivas o mesmo Boaventura de S. Santos³² constatou que no imediato pós-guerra, vigorava na maioria dos países um sistema de assistência judiciária gratuita que era organizada pela ordem dos advogados do respectivo país, de *munus honorificum*.

Como já se retratou, tal sistema incipiente fracassou, e por oportuno menciona Boaventura Santos³³ que como experiência a Inglaterra criou em 1969 um sistema de advocacia convencionada, posteriormente aperfeiçoado (1974), consoante o qual qualquer cidadão elegível nos termos da lei para o patrocínio o advogado dentre os que os inscreveram a prestação de serviços, e que constam de uma lista, a sempre grande dado o atrativo da remuneração adequada a cargo do Estado.

Falando pois sobre os modelos de assistência judiciária pode-se revisitar os três que sejam considerados ³⁴ sistema *judicare*, sistema dos advogados remunerados pelos cofres públicos e sistema dos dois modelos combinados.

O primeiro modelo com realização³⁵ em países em maioria do bloco Ocidental da Europa como Áustria, a própria Inglaterra, Holanda, França e à época Alemanha Ocidental. Foi estabelecido como um direito às pessoas enquadradas na lei a possuir um advogado pago pelo Estado.

Sem dúvida se aproxima, ou se filia ao modelo inglês “supra” exemplificado em Boaventura de Sousa Santos.

³¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**. O social e o político na pós-modernidade. 12º ed. São Paulo: Cortez. 2008.p.171.

³² Idem, ibidem.

³³ Idem, ibidem.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002, p. 35.

³⁵ Idem, ibidem.

Em crítica a revelar templa serena sobre o modelo em evolução de assistência judiciária, expôs José Mário Wanderley³⁶:

Trata-se de um modelo de transição, em que era atingido um grande progresso em relação ao sistema '*judicare*', no qual, além de serem apresentadas em juízos as demandas trazidas aos advogados, trabalha no esclarecimento dos direitos porventura são realizados e produz advogados especializados nos interesses de classe e nas questões comunitárias. Restam aqui, como desvantagens principais, os problemas quanto alocação dos limitados recursos entre casos importantes para alguns e outros para uma perspectiva sócio comunitária – o que pode ocasionar uma prestação aquém do normalmente esperado, bem como uma tendência a tratar os beneficiários de modo paternalista.

Já o segundo modelo conhecido como o do “advogado remunerado pelos cofres públicos”³⁷ revela-se diverso do “*judicare*” por origem no Programa de Serviços Jurídicos do “*Office of Economic Opportunity*” de 1965, envergando a vanguarda de uma “guerra contra a pobreza”.

Os serviços jurídicos³⁸, deveriam ser prestados por escritórios de vizinhança; adimplidos pelo Governo e encarregados de prover o interesse dos pobres. Em geral tais escritórios eram pequenos e localizados não em comunidade pobres, de modo a facilitar e minimizar as barreiras de classe. Mantidos pelo governo, sem considerar o mercado competitivo da advocacia³⁹.

Por tal motivo mesmo os escritórios públicos de Quebeque inclinam-se mais em preferência a causas que detenham menor teor individualista e a valorizar em face dos mais carentes de demandas em grupo⁴⁰.

Enfim, a mais que verificar com acuidade o modelo seguido por este ou aquele país, traduz-se que a contemporaneidade do tema soma-se a complexidade do mesmo, vez que ante a realidade brasileira ainda que considerando os entraves não se pode olvidar, as iniciativas em parcerias de instituições de ensino e órgãos diversos.

³⁶ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Análise desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2005, p. 70/71

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p. 39/40

³⁸ Idem, ibidem.

³⁹ Idem, ibidem. p. 44

⁴⁰ Idem, ibidem.

Sintetizando as correntes apreciadas exsurgem⁴¹ em países como Suécia, Austrália, Canadá e Holanda, reformadores que como se adiantou que mesclam os dois precípuos modelos de assistência jurídica, pautando numa posição meio termo por subtrair o melhor de cada uma.

A respeito das experiências a obra referência⁴² ressalta o relato experimentado na Suécia donde o sistema misto mais se inclina ao modelo “*judicare*”, ao passo que em Quebeque há os escritórios públicos que somatizam esforços a atestar a realização do art. 1º, II da CR que pois a cidadania.

De maneira não outra, a trazer um acesso à justiça que não se distancie das lídimas utopias que o Estado Democrático e de Direito Necessita.

Salutar e pontual Professor Sergio Torres Teixeira⁴³ vaticinou:

O atual modelo brasileiro é, natural e evidentemente, impregnado de defeitos, quase sempre marcas de uma tendência a favorecer determinados segmentos da sociedade no País. Mas, mirando na utopia de um sistema processual mais apto a promover Justiça Social desejada pela população como um todo, mesmo com deficiências naturais ao homem, há espaço para grande evolução.

O direito do cidadão ao acesso à justiça, destarte, não pode prescindir desse instrumento conhecido como processual jurisdicional, no seu modelo atual, mesmo em face das deficiências deste.

Por turno, ao fazer alusão a **segunda onda** ou **dimensão** o foco evidenciado gira em torno da representação dos interesses difusos.

E sobre o mesmo há que se saber quase que numa fala elementar que constituem os direitos difusos naqueles donde difícil seja encontrar ou identificar os seus atores protagonistas vez que abarcam tanto um número como uma identidade de difícil apuração.

Não é sem razão que a obra referência⁴⁴ alerta que vivência dos mesmos (sejam interesses difusos ou transindividuais ou coletivos ou individuais homogêneos) forçou a uma transformação do papel do juiz e de certos conceitos básicos como

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p. 44-45.

⁴² Idem, ibidem, p. 46

⁴³ TEIXEIRA, Sergio Torres. O modelo Processual Brasileiro Contemporâneo e obstáculos a efetividade do processo Jurisdicional trabalhista. “In”: SEVERO NETO, Manoel. **Direito, cidadania & Processo**. Vol. 3. Recife: FASA. 2006. p.233.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit. p. 49/50

“citação” e o “direito de ser ouvido”. Desde que no caso dos interesses difusos⁴⁵, impossível por exemplo a presença de todos os interessados.

José Mário Wanderley⁴⁶ adverte, que se a primeira onda do acesso à justiça foi responsável por verdadeira revolução e termos de crítica a garantia formal do direito de ação, muito mais no caso da segunda dimensão a trabalhar elementos como a legitimidade “*ad causam*” (e por evento as hipóteses de substituição processual, bem como a amplitude da coisa julgada).

No caso do Brasil o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁷ amparou definição bastante explícita e rigorosa sobre o tema, de modo a dar azo e ante os demais *artefactos* pós constituição de 1988 aparelhar a eclosão de Ações Cíveis Públicas⁴⁸.

Dentro da profusão com que o tema guarda com a respectiva nuclear desta sobretudo quanto a judicialização da vida, Andreas Krell⁴⁹ em tom crítico assevera:

O simples fato de que o sistema brasileiro distingue entre interesses públicos comuns (alto nível de emprego, garantias das receitas públicas) e interesses difusos específicos (defesa do meio ambiente, dos consumidores, da criança e do adolescente) que muitas vezes entram em colisão entre si mostra que existe aqui uma certa ‘desconfiança’ do próprio sistema contra a retidão e eficiência dos órgãos administrativos na prestação dos serviços públicos, cuja qualidade pode ser questionada em juízo.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p.50.

⁴⁶ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Análise desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2005, p. 80.

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. (Art. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum).

⁴⁸ Registre-se que no Brasil a ação civil pública regulamentada mesmo antes da CF 88 pela Lei Federal nº 7.347/85. Após as novas funções e o novo perfil do Ministério Público via Carta Magna Democrática eclodiram ou Redescobriram o Instrumento da Ação Civil Pública.

⁴⁹ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (dez) caminhos de um Direito Constitucional “comparado” Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002, p. 105.

Em contraponto, guardando total resguardo e estreiteza com a discussão central registra-se a posição de Rogério Pacheco Alves⁵⁰ que elucida:

Tais considerações mostram-se fundamentais para a boa compreensão da tutela judicial dos direitos transindividuais, uma vez que se caminha, aqui por um campo eminentemente principiológico sendo uma marca dos direitos transindividuais, o que a doutrina denomina 'máxima conflituosidade interna'. Isso significa de forma singela, que no processo clássico há uma litigiosidade já pré-definida pelo legislador, no que respeita à sua solução. Por exemplo, questões relativas aos efeitos das obrigações comerciais, sua prova, constituição e extinção são disciplinadas exaustivamente pelo Código Civil. Já no campo dos direitos transindividuais, não há em regra soluções aprioristicamente dadas pela norma positivada seguindo-se o intérprete e o aplicador da vasta principiologia existente e da própria técnica da ponderação de interesses.

São outras nuances as por último expostas donde ênfase até por fundamentos de ordem constitucional é dado a um novo ator - o Juíz interprete a contrario senso da epígrafe inicial em Cappelletti e Garth que adstringia-se as ações governamentais, as técnicas de causídicos privados (em face da proposição por indivíduos em ações de interesse público em suplemento à ação de governo) ou o ponto acerca dos advogados particulares do interesse público (a tratar por exemplo da associação de consumidores)⁵¹.

A terceira onda em resumo, recorre a enfocar a representação judicial de interpretação antes não representados ou mal representados, dentro do entendimento de que o acesso seria realizado pela renovação de obstáculos à provocação do Estado-Juíz exercício da tutela jurisdicional⁵².

A ordem da terceira dimensão é abranger a advocacia judicial, ou extra judicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além⁵³.

Por evento, finda-se ao tecer comentários sobre a última onda que é intitulada em torno do acesso à representação em juízo.

⁵⁰ ALVES, Rogério Pacheco. As prerrogativas da administração Pública nas ações Coletivas, Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007. p.20.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p. 67/68

⁵² GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Análise desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2005, p. 92.

⁵³ Idem, ibidem, p. 93.

A mais que as duas primeiras ondas, Bryant Gharth e Mauro Cappelletti⁵⁴ entoam que o papel da 3ª dimensão do acesso à justiça, prima nas palavras dos mesmos em ser⁵⁵ “o enfoque do acesso à justiça” por sua abrangência, seu método alertando que não se deve esquecer as técnicas das duas primeiras ondas, ao contrário quer se enxergar como possibilidades de melhora do acesso.

Em espécie de obstáculos reverbera Wanderley⁵⁶ a mais do que mesmo notório que na terceira onda permanecem difíceis os tempos para cuidar dos pobres, inquilinos e consumidores em termos de efetividade, vez que oriundos do “*Welfare State*”.

Não somente agrava-se a dificuldade em transpor a mais que as espécies de pobreza econômica e organizativa, o adversário desta vez é o próprio processo⁵⁷ e anteaver sua estruturação.

Como que em liame ao pensamento exposto, Sergio Torres Teixeira⁵⁸ procura aplainar os óbices reais, poderando que qualquer modelo processual como consequência inevitável da condição humana, sofre limitações e em busca de utopia ao processo pátrio traz à baila nome de processualistas a invocar a instrumentalidade do processo a ofertar resultados satisfatórios.

Argumentos aos montes não bastam, recitá-los contudo não é suficiente do que em ponderar à propulsão do acesso à justiça e a sua construção diuturna corroboram indubitavelmente para aperfeiçoar o Judiciário para o enfrentamento de excessivas judicializações e prepará-lo assim a novos paradigmas e desafios.

1.3 O Acesso à Justiça em Face de Nova Ópticas

Um fator pinçado da nova realidade judicial, a ser trazido à baila como elemento de um tripé da problemática ora enfrentada, concerne à judicialidade da

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.p. 67/68

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**. Análise desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2005, p. 92

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 93.

⁵⁸ TEIXEIRA, Sergio Torres. O modelo Processual Brasileiro Contemporâneo e obstáculos a efetividade do processo Jurisdicional trabalhista. “In”: SEVERO NETO, Manoel. **Direito, Cidadania & Processo**. Vol. 3. Recife: FASA. 2006. p.236.

vida, observada dentro de um outro fenômeno contemporâneo que seja o ativismo judicial.

Neste diapasão, poder-se-ia tratar que a judicialização da vida, equivaleria como nas palavras de Luís Roberto Barroso⁵⁹ ao tratamento de certas questões de larga repercussão política ou social, que ao invés de discussão nas instâncias tradicionais como Congresso Nacional ou Poder Executivo, acabam por pairar na esfera do Judiciário.

Complementando o raciocínio explicitado acima, o professor da UERJ retrata o fenômeno em comento entre múltiplas causas, sejam elas de origem Mundial outras mesmo atreladas ao modelo institucional brasileiro⁶⁰.

Dentre as motivações que o autor em lume atentou na ordem jurídica brasileira, a primeira delas e de aspecto jurídico político, por assim dizer, vez que diz respeito a redemocratização do país e por via de consequência culminando com a promulgação da Constituição de 1988⁶¹.

Sem maiores delongas, e a respeito de tudo o mais experienciado de 1988 até os dias presentes, despiciendo seria reiterar as inúmeras conquistas, além é claro da mentalidade ou sentimento de constitucionalidade que permeia a realidade pátria⁶².

Outra característica, pertinente, que Barroso observou aduziria a constitucionalização de direitos por outras palavras (vez que o autor chama constitucionalização abrangente). E nisto ressalta o autor que seguiu o Brasil a tendência inspiradora das constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978)⁶³.

Frise-se ainda, como terceira e última causa, abandonada por Barroso encontrar-se-ia o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, como um dos mais abrangentes do mundo, posto que envereda pelo viés de consistir num controle híbrido ou eclético, mesmo porque miscigena o controle Europeu e Norte-

⁵⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs): **Constituição & Ativismo judicial. Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 276.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem; Ibidem

⁶² É pontual observar como de uma forma ou de outra a cultura constitucional brasileira a partir de 1988, abarca em inferência ainda que inconsciente o sentimento de constitucionalidade a que se referiu outrora Pablo Lucas Verdú.

⁶³ BARROSO, Luiz Roberto. Op. cit. 2011, p. 277

Americano. Possibilitando assim o mecanismo incidental e difuso, de forma concomitante ao concentrado. Entrementes, não se pode olvidar que ainda assim, desde o início da República o Sistema Pátrio tentou originariamente filiar-se ao modelo oriundo dos EUA⁶⁴.

Como se vê da discussão presente, em sede de introdução ou a adiantar-se acerca de um dos problemas centrais ou no ativismo judicial ou na judicialização da vida insere-se uma atuação diferenciada do Estado Juiz.

Ou em termos, como sugere Andreas Krell na evolução do conceito de teoria da separação de poderes no Brasil, na nova função do Poder Judiciário no Estado de Direito, com juízes politizados ou no controle judicial das políticas públicas e dos orçamentos estatais.

São alusões que guardam, proximidade ao debate em voga, contudo sem maiores prejuízos, impossível seria centrar-se na questão do Judiciário e o Estado Social de Direito ressoando nos juízes politizados.

Para tanto Andreas Krell observa, todo o arcabouço que construiu a nova estrutura constitucional social, imbuído de efetividade aos direitos sociais, dignidade humana e erradicação da pobreza (art. 1º, III e art. 3º da CF/88) que trazem novas funções ou incumbências ao que se chama terceiro poder dentro de um estado Social⁶⁵.

Em tal contexto, enfatiza Krell existem aqueles que alegam que diante das incertezas do processo político, o judiciário deveria cada vez mais assumir um papel de reavaliador, legitimador ou de instancias recursal das decisões políticas.

Outras tantas interferências, da análise do professor da UFAL podem ser extraídas e transpassadas para a presente, entretanto, parece de boa consideração enaltecer não apenas que o autor em comento, ressalta a importância de um Judiciário, mais consciente do seu papel constitucional de não permitir que a administração pública em muitos casos, fuja da programação principiológica da Constituição.

⁶⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs): **Constituição & Ativismo judicial. Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 277.

⁶⁵ Idem.

Todavia, em outros casos, como fez em referência a Tércio Sampaio Ferraz Júnior atenta-se⁶⁶ para a desneutralização do terceiro poder atribuindo assim, ao juiz uma função sócio terapêutica libertando o juiz do apertado condicionamento da estrita legalidade.

Num aporte, que nesta encontra campo fértil, Krell ainda cita Cappelletti noutra obra⁶⁷, quando destaca que em muitos países os juízes tem assumido a posição de negar o caráter perceptivo, ou “*self-executing*” de leis ou direitos programáticos de cunho social, que normalmente se limitam a definir finalidades e princípios gerais.

Por fim, cabe ao Judiciário o dever de controlar e exigir do Estado a função de inferir ativamente na esfera social. Considerando assim o proposto, Luís Roberto Barroso espraia limites, diferenças e semelhanças ao considerar judicialização e ativismo como primos, pois vem da mesma família possuem mesmas origens e não são gerados a rigor pelas mesmas causas imediatas⁶⁸.

Para o autor em lume, a judicialização no contexto brasileiro decorrente do modelo constitucional adotado, e de uma forma ou outra e em muitos casos ao juiz cabe dela conhecer decidindo a matéria⁶⁹.

Noutro ponto, Barroso considera o ativismo judicial como uma atitude, de forma que escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, devendo assim, expandir seu alcance⁷⁰.

Na busca do conceito que celebre com precisão o teor em debate, Isabel Lessa de Azevedo Pinto Ribeiro⁷¹ considera que o ativismo judicial remete a uma doutrina que defende uma postura do magistrado menos contemplativa e mais ativa,

⁶⁶ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (dez) caminhos de um Direito Constitucional “comparado” Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002, p. 93.

⁶⁷ Enfatiza-se que a obra de Andreas Krell muito embora não se intitule como explicitamente mais afeita à análise do Fenômeno do ativismo judicial. Visto com acuidade, que trata o tema pois alardeia o controle judicial dos “Direitos Sociais”, de fato insere-se ao tema em voga e chega a fazer neste particular ponte entre o acesso a justiça e o ativismo judicial. Assim como, revisita Mauro Cappelletti em célebre obra também em óptica focada em “juízes legisladores”.

⁶⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs): **Constituição & Ativismo judicial. Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 277.

⁶⁹ Idem, ibidem.

⁷⁰ RIBEIRO, Isabel Lessa de Azevedo Pinto. Ativismo judicial: o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado (**Dissertação de mestrado**) Recife. Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, 2008 p. 96.

⁷¹ Idem, ibidem.

em prol da efetividade da prestação jurisdicional, e em questionamento indaga se seria crítica a ativação do Estado Juiz.

Enfim, antolha-se que a estudiosa ao responder a pergunta, remete a mais indagação que sem dúvida chama aos olhos daqueles que aguardam meritórias conclusões⁷².

⁷² O trabalho de dissertação de mestrado de Isabel Lessa de Azevedo Pinto Ribeiro enfoca um outro viés do ativismo judicial, tendendo mais para o aspecto processual constitucional, todavia de grande valia para o presente posto que expõe reflexão sobre o papel do juiz e sua direção e liderança não apenas nas demandas mas socialmente, vez que o trabalho em alusão é rico na perspectiva da separação ou não de poderes.

2 OS VETORES HERMENÊUTICOS DO JUDICIÁRIO

Favorecer o exercício de um Judiciário imerso não apenas a uma sobrecarga de demandas, como também necessariamente afeito a ter de responder por demandas com maior complexidade transparece o desafio do aqui agnominado “Novo Judiciário”.

O abandono de velhas fórmulas, hermetismos como se disse, ou mesmo o exercício meramente silogístico, não são mais a aparelhagem suficiente para a complexidade que desafia o Judiciário hodierno.

A expressão vetor hermenêutico, presente utilizada vai beber na fonte da consideração expressada por Ana Paula de Barcellos⁷³ quando apontou em ocasião a dignidade humana como “vetor interpretativo”.

Sem querer correr o risco de incidir em lugar comum, para enfrentar os “*hard cases*” não bastante por exemplo, a subsunção que insere-se num método reducionista, e que constitui em si uma operação lógica inerente a todo e qualquer procedimento de aplicação de normas jurídicas como acentuou Elival da Silva Ramos⁷⁴.

Para novos vãos e perspectivas talvez, não assim tão novos, novas rotas que transfigurem a bem de qualquer discussão conceitual, num judiciário preparado para um papel adequado à contemporaneidade e ao contexto da sociedade pós-moderna⁷⁵.

⁷³ A consideração pontuada por Ana Paula de Barcellos em oportunidade dissertativa ressalta literalmente: “Como se sabe, os princípios constitucionais e especialmente o princípio da dignidade humana – deverão vincular o intérprete em geral e o poder público em particular. Assim os elementos aleatórios acima referidos diferentes concepções de ordem, jurídica, preconceitos etc – devem ser substituídos pelos princípios constitucionais na definição das escolhas com as quais o interprete inevitavelmente se depara. Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral pelo qual o interprete deverá orientar-se em seu ofício”. (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: renovar. 2002. p. 146.).

⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 65.

⁷⁵ O conceito ou compreensão acerca de pós-modernidade é algo a que se deve cercar em cuidados, e prudência quanto a alguns balizamentos, em crítica a reflexão Luis Roberto Barroso vaticinou: “Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre a luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, e descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angustia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós tudo: pós marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana”. (BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da**

2.1 O Papel dos Princípios no Contexto Hodierno

A distinção mais que reiterada, e a fugir das valas comuns como aqui já registrou-se⁷⁶, é atinente a pauta relativa aos princípios e regras como espécie do gênero norma. De modo que as regras são normas que verificadas determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem, qualquer exceção.

Para Robert Alexy⁷⁷ sobre a concepção dos princípios, são estes carregados de um grau de generalidade relativamente alto em comparação as regras que por parte possuem um nível mais abaixo de generalidade.

Tudo isto, frise-se⁷⁸, apesar de seu não tão novo surgimento, apesar de sua redescoberta recente, que faz de tal distinção um lugar comum a ser cuidadosamente observado, ou mesmo disposto a uma releitura.

Nesse diapasão, não é extremo dizer que os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”, antes se formam como Mandado de otimização.

De modo que a otimização referida “supra” refere-se pois a um direito ou a um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica.

Aliás, acerca da ideia dos princípios e seu papel como mandado de otimização⁷⁹ é possível afirmar e esclarecer que estes no particular, estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e a

Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 303/304).

⁷⁶ A referência presente se identifica em conteúdo com a nota 01, vez que procura desenvolver ideia similar a presente que não deseja filiar-se ao modismo que “consagrou-se” a discussão entre princípios e regras. Tentando por assim dizer resgatar a importância das regras em face aos princípios Ana Paula de Barcellos em oportunidade reiterou: “Princípios e regras desempenham cada qual um papel diferenciado, porém de maior importância para manter esse equilíbrio. Com efeito, é possível identificar uma relação, no âmbito do sistema Romano-germânico ocidental, entre a segurança a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas”. In: BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 186.

⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Versión: Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 83.

⁷⁸ Idem; Op. Cit. p. 82/83

⁷⁹ Idem; Op. Cit. p. 86/87

medida do seu cumprimento não depende só das possibilidades reais como também das jurídicas.

Em outras palavras, na concepção de Alexy⁸⁰ as regras são normas que em, resumo podem ser cumpridas ou não.

Acerca deste teor sobre os princípios, Atienza⁸¹ em seus comentários acerca de Alexy, reitera que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas, como aqui se disse.

E mais, desempenham o referido mandado de otimização que podendo ser cumprido em diversos graus corrobora para uma forma por assim dizer típica da aplicação dos princípios entre outras, que seja a ponderação.

Do mesmo modo que em relação às possibilidades jurídicas, Atienza⁸² reitera que a obrigação de otimização corresponde ao princípio da proporcionalidade.

Também outro enfoque a não ser esquecido é o papel de Habermas por influenciar Alexy nesta construção principiológica, observação que fez Atienza⁸³ sobre a teoria da argumentação em específico de Alexy com forte espectro do pensamento em Habermas.

Em outro passo, não necessariamente como é sabido Habermas⁸⁴ trabalha em ocasião, noções afeitas à linguagem, melhor dizendo a fala. Tanto que em determinado momento revela também a importância da tentativa de encontrar algo semelhante a um princípio moral, tendo por base a ética cognitiva a relembrar o imperativo categórico de Kant.

Longe de qualquer especulação filosófica, o que se depreende é o que procura-se um sentido de universalidade como ressaltou Hegel⁸⁵ quando enfocou

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Versión: Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p.87.

⁸¹ ATIENZA, Manuel. As razões do Direito. **Teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin. Mac Cormick, Alexy e outros**. Tradução: Maria Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Landy. 2002.p.267

⁸² Idem; Ibidem.

⁸³ Idem; Ibidem.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido Antônio Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989, p. 84.

⁸⁵ HEGEL, G.W.F. **Princípios de Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins fontes. 1997. p. 309.

que o princípio natural ficou com a missão de ser aplicado no progresso na consciência de si e um espírito por assim dizer universal.

Na busca pelo novo papel desempenhado pelos princípios, não se olvida a busca por um conceito, que neste particular frisa Roque Antônio Carraza⁸⁶ como sendo o:

Princípio jurídico é um enunciado lógico implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de permanência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com eles se conectam da aplicação dos princípios que a ponderação.

Em palavras explícitas Paulo Bonavides⁸⁷ citando Luís-Diez-Picazo enfoca que a idéia de principio deriva da linguagem da geometria de “onde designa verdades primeiras”⁸⁸

Ato contínuo, Bonavides⁸⁹ acrescenta que com tal estribo o mencionado jurista espanhol apresenta redundantemente que são os “princípios” assim conhecidos, “porque estão ao princípio”, sendo as “premissas de todo um sistema que se desenvolve *more* geométrico”.

Com vista ao fato presente Ruy Samuel Espíndola⁹⁰ atesta que.

O conceito de principio constitucional não pode ser tratado sem correlação com a idéia de princípio de Direito, posto que o princípio constitucional, além de principio jurídico é um principio que haure sua força teórica e normativa no Direito enquanto ciência e ordem jurídica.

Em observância contemporânea, a teoria do direito em composição com o direito constitucional, não pode desconhecer outras influências.

Isto porque, ao se revisitar Ronald Dworkin, sucessor de L.A. Hebert Hart⁹¹, que por sua vez este crítica a composição dos princípios a serem identificados por uma regra de reconhecimento manifestada na prática dos tribunais. De modo que a crítica emitida por Hart é evidenciada no fato de que nenhum tribunal inglês ou americano adotou o “seu pseudocritério holístico”.

⁸⁶ CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**, 17 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p.33.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p.255

⁸⁸ Idem; ibidem, p. 255/256.

⁸⁹ Idem; ibidem, p. 256.

⁹⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 50

⁹¹ HART. L. A. Hebert. **O conceito do Direito**. 3 ed. Tradução. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. p. 326.

Continua Hart⁹² sua crítica a Dworkin, com o seu Hércules, “Juiz ideal” de modo a ressaltar que enfim nenhum juiz humano, distinto daquele poderia praticar o feito de desconstruir uma interpretação de todo o direito.

Já Dworkin⁹³ por outro lado enfatiza que uma vez identificados os princípios jurídicos como uma classe de *standards* à parte, diferentes de outras normas jurídicas comprova-se logo cercado dos mesmos.

Sem dúvida, o caráter distintivo dos princípios jurídicos em Dworkin encontra-se no fato de que se as normas jurídicas ao dizer alguns princípios para o autor⁹⁴ são obrigatórios aos juízes e juristas.

Essa idéia de normas em *pedigree* de Hart ou de composição de solução aos “*hard cases*” pelo juiz Hércules em Dworkin, demonstram que a concepção da principiologia jurídica deve atender a um sistema e neste desiderato se propõe Marco Antônio R. Tura⁹⁵ ao engendrar com base em Canaris que todo sistema necessita de: unidade e ordem. E muito mais, que não obstante concepções de sistemas como cognitivo ou objetivo, o mais importante é que o mesmo se preste⁹⁶ a ser reformulado permanentemente desde que encontre soluções mais adequadas para os problemas jurídicos.

Canotilho⁹⁷ ao tratar do tema princípios, no intitulado ponto de partida sistema aberto de regras e princípios, enfatiza que o Estado de Direito e Democrático português, é um sistema normativo aberto de regras e princípios.

Ao fazer tal assertiva, Canotilho⁹⁸ explica que o sistema aberto de regras e princípios, como ponto de partida carece de uma decodificação, no qual são os seguintes parâmetros (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é aberto porque contém estrutura dialógica, traduzida na capacidade de mudança com a realidade; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das

⁹² HART, L. A. Hebert. **O conceito do Direito**. 3 ed. Tradução. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. p. 326.

⁹³ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio**. Tradução: Marta Gustavino. Barcelona: Ariel. 2002. p. 80/81

⁹⁴ Idem, Ibidem.

⁹⁵ TURA, Marco Antônio. **O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema**. Brasília. nº163, jul/set. 2004. p. 217.

⁹⁶ Idem; Op. Cit. P.218

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almeida, p. 1159.

⁹⁸ Idem, Ibidem.

expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas e (4) é um sistema de regras e princípios pois é composto por ambos.

Como características são abordados que os princípios no âmbito de superconceito de normas diferenciam-se⁹⁹:

- a) Grau de abstração – os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado;
- b) Grau de determinabilidade: por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras;
- c) Caráter de fundamentalidade: são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento devido a sua posição;
- d) Proximidade da idéia de direito pois, aos “*standards*” juridicamente vinculantes radicados nas exigências da “justiça” (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz): as regras podem, ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- e) Natureza normogenética: são fundamentos das regras, estão na base ou constituem “*ratio*” de regras jurídicas.

Em síntese são esses aspectos relevantes para o papel contemporâneo dos princípios jurídicos, ao como se atestará em seguimento em especial aos princípios de conteúdo constitucional.

2.2 O viés interpretativo dos princípios e a viragem linguística

O propósito ora almejado, abraça a consideração dos princípios constitucionais, à luz de um fenómeno não tão recente, mas de grande repercussão hodierna, paulatina e extenuante que seja em foco central: o ativismo judicial.

Entrementes, para a abordagem presente, se faz *mister* considerar que o problema do referido ativismo judicial já prestes a tornar-se lugar comum, sobremaneira dos princípios da dignidade humana e da proporcionalidade, de cunho fortemente constitucional, necessitam trilhar novas estradas.

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almeida, p. 1159.

Pois que, como já se reiterou nesta, o simplismo dos enfoques é que impedem estudos próximos à imparcialidade, a que se deve aproximar e buscar o presente. E neste prisma, então, que verifica-se que a proporcionalidade, a razoabilidade e a dignidade humana “*verbi gratia*” além de se apresentarem, como princípios constitucionais, revelam também têmporas interpretativas marcantes.

Não bastando só, em relação à inferência feita no problema do ativismo judicial, traz o aspecto ora pertencente à concretude dos mesmos, vez que o fenômeno em consideração mais que contemporâneo confronta-se, ou assemelha-lhe, ou dissocia-se paradoxalmente da judicialização da vida.

No enfeixe em esboço, há uma busca onde as ferramentas não representam apenas um meio de uma via, mas algo maior que a contextualização de modo a se aproximar conteudisticamente da síntese em lume.

De modo a dizer que a observância, dos princípios em voga mais a problemática nascida em atividade judicial, não bastam por si só, para o viés interpretativo condigno a cada uma delas, que ora é percorrido à luz da análise crítica do discurso.

São estas então as pontuações inatas à linguagem e aos discursos inseridos nos questionamentos em foco. Para tanto, somem-se “as armas” dos exemplos presentes em instâncias maiores (Anexo A) e instâncias menores (Anexos B e C).

E mais um corte epistemológico que comprometa-se no que referente ao valor interpretativo de cada um a mais a ponderar os signos e sentidos verificados em cada situação ou fenômeno¹⁰⁰.

Ou seja, o fito específico do presente encontra-se no enfrentamento deste com a denominada virada linguística por assim dizer.

2.2.1 A linguagem e o viés interpretativo

O viés interpretativo ora optado ou direcionado para o embate dos fenômenos assenta-se na análise crítica do discurso.

¹⁰⁰ A linguagem corporificada nos sócios de linguagem de importância precípua nesta, em consonância entre outras acepções propostas nas agnominadas investigações filosóficas de Winttgenstein.

E esta por sua vez é, pautada na conhecida ou agnominada virada linguística que por ocasião trouxe novo fôlego a interpretação.

Neste sentido, a mais do que os fenômenos em aporte, como princípios constitucionais.

Ou seja, muito mais que numa só caixa, ou transformá-la a mais que lugar comum, numa panacéia difundida aos quatro ventos, importa salientar que não desmerecendo o valor hermenêutico dos Princípios Constitucionais há muito mais a percorrer.¹⁰¹

Pois, se a um ponto, Ruy Samuel Espíndola¹⁰² destacou que a partir da década de cinquenta até os dias atuais, o conceito de principio jurídico (numa visão hermenêutica) ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da teoria do Direito.

Entre os nomes supra referidos, encontrando-se Joseph Esser, Jean Boulanger, Jerzy Wróblewski, Ronald Dworkin, Karl Engisch, Willhelm-Cannaris, Genaro Carrió, entre outros.

Não adstrito por vez, Lênio Streck¹⁰³ planilha outros aspectos quando ressalta sobre a agnominada virada ou viragem linguística que esta para a elaboração crítica ao discurso dogmático jurídico, dominante até então, pontua como imprescindíveis, por suas aproximações muito mais que suas diferenciações, a recorrer-se, pois aos contributos linguístico-filosóficos em L. Wittgenstein, J. Austin, J. Habermas e Rorty entre outros.

Na mesma linha de aproximação linguística filosófico hermenêutica, Vattimo é citado por Streck, lembrando que no horizonte da reflexão hermenêutica, centrada no problema da interpretação, há uma linguagem que pode ser reconhecida e que procedem de Schleiermacher, Dilthey e Nietzsche e que florescendo em Heidegger, Gadamer, Ricour deve entre outros, é que encontra pontos de aproximação com reflexões de Apel, Habermas, Foucault e Derrida.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17.

¹⁰² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. Elementos Teóricos para um formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

¹⁰³ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e (m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 175-176.

Ainda acentua Streck que somente graças a hermenêutica filosófica é que a antiga tensão entre dogmática jurídica e a sociologia vem a ser superada, na medida que a linguagem e os textos, referindo-se, a enunciação, são colocados no centro das discussões¹⁰⁴.

Outro aspecto a ser pinçado em Streck, é que o mesmo com o modelo de interpretação tradicional do Direito, que adverte de cunho objetivista, reprodutivo de visível influência bettiana, trabalha com a possibilidade da busca de conceitos em si mesmo, pelo que ressalta o autor acerca palavras da lei¹⁰⁵.

Vale ainda ressaltar, que o autor em relevo¹⁰⁶, acentua que os estudos acerca da semiótica jurídica, são recentes quando a partir de 1690 Locke publicou a obra “ensaios sobre o entendimento humano”, passando Sassure, Peirce e tantos outros, a dizer que somente na década 40 do século XX, foi que a semiótica foi introduzida na seara jurídica, através da obra de Félix Oppenheim (*outline of a logical analysys of law*).

As análises¹⁰⁷ iniciais partiam dos seguintes pressupostos: a) que o direito era visto como uma linguagem, tanto de signos linguísticos – regras jurídicas, decisões, mandatos, etc.; b) que o direito positivo de uma comunidade, seu sistema jurídico, é a classe destes enunciados que constituem uma linguagem (estando o sistema jurídico composto pelos enunciados jurídicos); c) que a ciência do direito consiste em proposições acerca dos enunciados jurídicos, e esta pode ser empírica (história ou sociologia jurídica) e lógica.

Em tempo, Francisco Caetano Pereira¹⁰⁸ sintetiza que “o termo semiótica quer significar a disciplina que trata dos signos. Estes, por sua vez, se materializam como entes físicos por meio de elementos com palavras escritas, ondas sonoras, gestos, entre outros, e se localizam entre as pessoas e as coisas”.

¹⁰⁴ STRECK, Lênio. **Hermenêutica e (m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 177

¹⁰⁵ Idem; ibidem, p. 178

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 179-180

¹⁰⁷ Idem, ibidem, p. 180.

¹⁰⁸ PEREIRA, Francisco Caetano. O Latim no Discurso Jurídico. In: SEVERO NETO, Manoel. **Direito, Cidadania e processo**. Recife: Fasa. 2006, p. 196.

E acrescenta em seu sentir o professor em comentário, que a semiótica jurídica¹⁰⁹ não é uma ciência nova a deitar seu desenvolvimento na semiótica como ciência. E mais, que a semiótica jurídica¹¹⁰ não cabe um papel meramente descritivo dos sistemas semióticos, mas sobrepõe-se um papel crítico da juridicidade à construção dos sistemas de significação jurídica.

2.2.2 A Análise Concreta dos fenômenos ante casos judiciais

A apreciação dos princípios constitucionais ora epigrafados e os fenômenos da judicialização da vida e do ativismo judicial ante a luz da análise crítica do discurso, faz redimensionar o presente trabalho na percepção que a rotina judicial pátria por vezes não se percebe da utilização dos instrumentos referenciados.

A mais, quando se é possível abarcar nos textos a serem analisados uma contextualização próxima ao sentido que a linguagem traduz e que nos seus sócios a exemplo querem seguir. Uma vez que, na maioria das vezes os estágios judiciais, como tanto outros, não estão acostumados a uma linguagem de acordo com as regras mais rigorosas.

Ludwig Wittgenstein¹¹¹ em oportunidade que ficou conhecida como “investigações filosóficas” ou mais conhecido no meio acadêmico como “livro azul”, meditou acerca da discussão entre lógica e linguagem entre outros questionamentos, em foco a relevância da linguagem.

Fazendo inferência ao autor em comentário, o mesmo refletiu que seria possível interpretar as palavras antes de executar uma ordem¹¹². Concluindo o próprio, que em alguns casos é possível interpretar antes de executar, noutros não fazendo um aporte do articulado supra, e o primeiro caso judicial em anexo, nesta pertinente ao Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, num processo de extradição em face da República da China, donde o maior

¹⁰⁹ PEREIRA, Francisco Caetano. O Latim no Discurso Jurídico. In: SEVERO NETO, Manoel. **Direito, Cidadania e processo**. Recife: Fasa. 2006, p. 196.

¹¹⁰ Idem, ibidem.

¹¹¹ As investigações filosóficas como são reconhecidas, e expressadas por denominações dos alunos de Ludwig Wittgenstein como livro azul em remissão a cor do livro em que constavam as anotações (WITTGENSTEIN, Ludwig. **O livro azul**. Tradução Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, p. 21).

¹¹² Idem; ibidem, p. 24

problema em meio, e a dignidade humana como princípio (enfim a ser alcançado), é ensejada pela indeterminação do tipo penal.

O aviltamento de reduzir a condições do extraditando a submissão é incompatível (com a essencial dignidade) avocado é nos termos do acórdão a titularidade dos direitos fundamentais como garantia do “*due processo of law*”.

A celeuma maior do caso presente, encontra-se inserida na própria ementa do acórdão que aponta para o crime de estelionato, no caso a reprimenda desproporcional ante os “standards” consagrados pela CF/88 em face da pena morte.

Para uma análise mais profícua do texto e sua consonância com a análise crítica do discurso se faz mister considerações e instrumentos hábeis.

A decisão ora em lume, transparece sem maiores dificuldades a inserir no comentário literal da Professora Virgínia Colares quando assevera¹¹³

A análise do processo judicial por exemplo, constitui-se uma espécie de radiografia do momento extrato da construção da prova verbal.

A análise de dados linguísticos empíricos tanto evidencia os princípios dogmáticos que norteiam a prática do direito, quanto permite a verificação científica dos princípios que norteiam à prática forense, influenciando de maneira direta no sistema jurídico no país.

As expressões em caixa alta, de “*per si*” já traduzem muito da decisão em apreço pois enunciam a preponderância de garantia inalienáveis como requisito ao princípio da legalidade inserto no art. 5º, inc. XXXIX da CR, que conceitua “não há crime sem lei anterior que o defina, sem prévia cominação legal. Na mesma linha poder-se-ia observar quanto ao teor do inc. III do mesmo art. 5º da Lei.

A mesma autora em arrimo, comenta que em decorrência dos jogos de linguagem em aplicação ponderou¹¹⁴ no que aplicar-se-ia ao caso “o vocabulário (os nomes) desse jogo corresponde às palavras “cubos”, “coluna”, “lajotas”, “vigas” como se fossem peças, ainda insere no jogo (linguagem primitiva). As ferramentas da linguagem evoluem ações, objetivos e palavras, como no exemplo do diálogo do construtor com o ajudante, mas não determinam lances do jogo, pois significam de forma ostensiva naquele contexto extralinguístico dado.

¹¹³ COLARES, Virgínia. **Direito Fundamental à imagem e os jogos de linguagem**: Análise crítica do discurso. In: CADERNO da Escola de Direito e Relações Internacionais. Unibrasil, 2010, p. 351.

¹¹⁴ Idem; ibidem, p. 353.

Por vez, em face a decisão judicial (em anexo 02) traduz a situação distinta da ensejada no anexo 01, pois trata-se de sentença judicial, originária da Comarca de Cortês em que o judiciário é posto frente ao embate de questão limítrofe entre a judicialização da vida e ativismo judicial. Vez que, há disputa político partidária aparente a influenciar a esfera cultural de pequeno município.

A solução apontada pelo magistrado sentenciante opta em face de “*hard case*” não previsto em norma, pelos denominados princípios de ponderação da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesta mesma esteira, o sentenciante, procura se esquivar do estigma a que receia em face do “ativismo judicial”, que afora do próprio teor proativo não necessariamente implica excesso de poder ou extrapolamento de função.

O risco em si como se reiterou, nesses casos ao “ativismo judicial” atrelado a proporcionalidade encontrar-se-ia na ausência de um fundamento legal em sede de mandado de segurança, que visa preservar direito líquido e certo. Aliás, a esse respeito, já advertiu nesta Bonavides.

Acentua-se também que a posição reflexiva do magistrado, externa por bem o que Habermas citou¹¹⁵ num conceito de agir orientado para o entendimento mútuo a implicar que os conceitos carecem de explicação de “mundo social” e de “interação por normas”.

Deste modo, a análise em questão pode ser analogicamente observada em Habermas quando compara à criança e seus estágios quando inseridas num sistema de perspectivas de mundo subjacentes ao agir comunicativo e associadas a um sistema de perspectivas do falante.

2.3 O princípio da Proporcionalidade como princípio interpretativo

O presente título trata da idéia cerne que fomenta parte significativa deste trabalho dissertativo. Pois que, como já se acentuou o foco presente queda-se no vislumbre do ativismo judicial e da judicialização da vida no palmilhar de novos caminhos para a hermenêutica constitucional.

¹¹⁵ HABERMAS, Jurgem. **Consciência Moral e agir comunicativo**. Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 163.

“Assim o princípio dos princípios” como chegam alguns a denominam a proporcionalidade enquanto princípio interpretativo, ressalta importância para o embate presente.

Destarte, é possível transpassar o aspecto observado por Paulo Bonavides.¹¹⁶ De que o princípio constitucional de proporcionalidade, funciona como um instrumento de interpretação, toda vez que ocorre antagonismo na órbita dos direitos fundamentais. Objetivando assim, uma solução para o mesmo, visto que de forma iniciável tem-se que buscar uma resposta dentro do princípio em tela.

Assim posto, daquilo que se propõe desde o seu surgimento é o princípio da proibição do excesso, a expressão garantidora principalmente da unidade da constituição onde o mesmo buscou inspiração.¹¹⁷

Depois, da supremacia constitucional, visto que o princípio da prevalência ou da referencia da lei sofre como enfatizou Canotilho¹¹⁸ um processo de “erosão” e de “relativização” que importa ter em conta para se compreender muita questões a serem observadas sobre parâmetros da constitucionalidade.

Nesse diapasão, é mais que elementar, que a Constituição seja a ressonância da principiologia, sobretudo, de uma interpretação “Conforme” como costuma ocorrer no STF e noutras Cortes. Fato que não se expressa como também norteia, não apenas o legislador ordinário, como também o judiciário e o executivo, vez sem aquele segundo o ápice na atividade de interpretação do sistema jurídico.

Em contraponto, como que para encontrar respostas acerca da problemática central. Destaca-se a já enfatizada “Nova hermenêutica” interpretativa, como feições críticas, que por vez Lênio Streck ressalta em existir modos interpretativos para um “como saber operacional”¹¹⁹. Pois, por si denomina no âmbito do campo jurídico o modelo assentado na ideia de que o processo interpretativo possibilita assim, ao sujeito um alcance exato e absoluto no conteúdo da lei.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 425.

¹¹⁷ Idem; ibidem.

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almeida, p. 717.

¹¹⁹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 48.

Na interpretação constitucional contemporânea da norma jurídica, há parâmetros como coloca Willis Santiago Guerra Filho¹²⁰ resultantes de uma manifestação volitiva, com alívio da ordem ôntica do “Ser” (*Sein*), num juízo, resultante de uma manifestação cognitiva de natureza gnoseológica mais sim algo por assim dizer “intermediária”.

Bruno Galindo¹²¹ em seu trabalho dissertativo trata de uma nova hermenêutica com caracteres próprios e peculiares. Recortando dessas tendências além do supracitado Habërle coloca as tendências da concretização em Konrad Hesse e Friedrich Muller.

Müller¹²² por sua parte trabalha com Hesse, a noção de concretização não havendo inicialmente recursos auxiliares para o mesmo.

Todavia como já se explicou em oportunidade, os princípios constitucionais acompanham-se de um caráter interpretativo diferenciado. Tanto que a nova hermenêutica desenvolve um papel concretizador muito à frente das correntes com tal nomenclatura.

Por começar em Ferdinand Lassalle¹²³ que acreditava na força da norma advinda do próprio papel, ou seja, do texto formalmente constitucional. Para tanto, Lassalle¹²⁴ induz que a matéria concreta de uma determinada Constituição se origina de um pacto de jura entre o “Rei” e o povo.

Outra característica da norma constitucional é sua rigidez e sua dificuldade de modificação. Em contraponto, exsurge a irradiação por meio de leis ordinária de um país a respaldar tal fenomenologia¹²⁵.

A experiência concretista por assim dizer, se abebera também no método advindo dos estudos em Konrad Hesse¹²⁶, que defende por vez a força normatiza da constituição decorrente não através de um pedaço de papel, mas da força normativa

¹²⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS. 2005, p. 55

¹²¹ GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p. 127.

¹²² MÜLLER, Friedrich. **Método de trabalho em direito constitucional**. Tradução: Peter Neuman. São Paulo: Max Limonad. 2000, p. 97/98.

¹²³ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 5/12.

¹²⁴ Idem; Ibidem.

¹²⁵ HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹²⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional** (da República Federal da Alemanha). Tradução Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 61.

do cerne da Constituição. Nas palavras de Hesse, a Constituição transforma-se em força ativa se forem realizadas as disposições de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida.

Em outro momento, o mesmo Konrad Hesse entende de forma direta que a interpretação constitucional é a concretização¹²⁷. Muito mais, quando essa concretização pressupõe uma pré-compreensão da realidade pelo intérprete e do problema a ser resolvido.

Um método dos mais conhecidos, no que tange a concretização é inerente a Friedrich Müller¹²⁸ quando em sua metódica destaca os aspectos do sistema dos Direitos Fundamentais e do sistema de valores.

Com, relação às referências da Hermenêutica concretista, pode-se observar que seus efeitos guardam maior eficácia e grande valor numa faceta desenvolvida pelo princípio interpretativo da proporcionalidade. Seu interesse de aplicação é resguardado pelo próprio Estado Democrático e de Direito.

Outra versão da nova interpretação constitucional encontra-se em Peter Habërle¹²⁹ em a “sociedade aberta dos interpretes da Constituição” em que o autor abandona a visão mais hermética, como a ordinária da força normativa em Hesse, donde a concretude de uma norma advém da própria Constituição.

Assim, Petter Habërle desenvolve fundamentos para uma interpretação cujos participantes em seu exercício corroboram para uma práxis geral. Complementa Habërle que a teoria da interpretação constitucional esteve durante muito tempo vinculada a uma “sociedade fechada”¹³⁰. Isto porque, para o referido autor o âmbito de interpretação da constituição, concentrava-se primeiramente nos juízes e nos procedimentos formalizados¹³¹.

¹²⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional** (da República Federal da Alemanha). Tradução Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998, p. 61.

¹²⁸ MÜLLER, Friedrich. **Método de trabalho em direito constitucional**. Tradução: Peter Neuman. São Paulo: Max Limonad. 2000, p. 81.

¹²⁹ HABÉRLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição**: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 13.

¹³⁰ Idem; ibidem.

¹³¹ Idem; ibidem.

A proporcionalidade como princípio interpretativo é ressaltada como mote partindo de uma consideração de Paulo Bonavides¹³² sobre o tema, pontua o mesmo que, tal função interpretativa da proporcionalidade já foi observada em várias Cortes europeias sobremaneira no âmbito da Corte Comunitária, que observa o uso frequente da uma para dirimir a colisão de direitos.

Também é evidenciado pelo mesmo autor, o princípio da unidade da Constituição, através do qual se demonstra incongruente a interpretação de norma constitucional em contradição com outra de mesma natureza¹³³.

Outro aspecto observado¹³⁴ é que o princípio da proporcionalidade, neste papel, não representa nenhum critério material ou mesmo substantivo de decisão, mas servem apenas para estabelecer uma diretiva procedimental, ou seja, um processo de busca material da decisão, cuja finalidade é a solução com o teor de justiça a um caso concreto e específico.

O atendimento a referida advertência de Paulo Bonavides, em verdade respaldada, apesar dos perigos que o próprio¹³⁵ e Peter Habërle, fazem acerca do perigo de concentração do papel do Juiz como o único, ou um dos poucos intérpretes.

Mas, ao mesmo tempo em que a interpretação judicial pode sugerir riscos, também sugere em algumas esferas a libertação de concepções retrógradas que inviabilizam o poder judiciário de compor a massa de intérpretes a transformar a realidade social.

Sem dúvida, que os riscos da interpretação constitucional, de forma precípua pelos juízes pode incidir em riscos, e também noutros escolas pode representar a libertação de estruturas de poder hegemônica como um caso a ser entretanto da senda vinculante que foi consagrada de forma preponderante na emenda constitucional nº 45/04.

Retornando ao posicionamento aqui trazido à baila de que o princípio da proporcionalidade, como princípio da interpretação, funciona sob um aspecto

¹³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 425.

¹³³ Op. cit. p.426.

¹³⁴ Idem, ibidem.

¹³⁵ Há evidência que há riscos porque a interpretação nesses moldes pelo judiciário, pode representar um reforço aos poderes do juiz, no mesmo sentido da afirmação de Habërle. (Idem)

procedimental e não propriedade material. Como aliás, ressaltou Bonavides, é centro de discussões.

Em sentido similar, ao do último autor, encontra-se Gustavo Ferreira Santos¹³⁶ quando enuncia que entende a proporcionalidade numa noção procedimental, todavia sem perder certos “elementos” materiais que acompanham sua aplicação.

Em seguida Ferreira Santos¹³⁷ adverte que esses “elementos” materiais decorrem do vínculo que mantém a proporcionalidade com os direitos fundamentais, na origem daquela. A idéia é de proteção dos direitos individuais em face dos excessos cometidos no Estado.

Muito mais presente na dinâmica de um Estado onde a Constituição com algum tempo, encontra fundamento em Estado cuja sofisticação é alcançado com sua constitucionalização¹³⁸. Visto que mesmo que durante algum período, a instabilidade política, e, portanto jurídica maior atingiu até mesmo os Estados Unidos da América, donde registram-se sinais de expressivo autoritarismo¹³⁹.

É fato que a proporcionalidade, a um momento funciona como um exercício interpretativo, reflexo de uma sociedade em constante mutação imprimem uma constante evolução para o mesmo, muito mais quando se tratam de direitos fundamentais.

Opinião em tal sentido, é encontrada no trabalho de Rosa Cícero Correia¹⁴⁰, quando aborda os princípios de seu aspecto interpretativo, muito mais o da proporcionalidade em estreiteza com a protetividade dos Direitos Fundamentais.

¹³⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 143.

¹³⁷ Na referência específica Gustavo Ferreira Santos comenta que a proporcionalidade é um princípio constitucional com caráter interpretativo, e que este aspecto é em todo conjunto de sua notável (obra entendido como o mais fiel a natureza do mesmo, não obstante reconhecer que “elementos” materiais do mesmo como se disse no texto acima estão em sua origem vinculados aos direitos fundamentais. (SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 143).

¹³⁸ ACKERMAN, Bruce. **We the people Foundation**. Vol. I. Cambridge: Harvard University, 1993, p. 369/370.

¹³⁹ ACKERMAN, Bruce. **We the people Foundation**. Vol. I. Cambridge: Harvard University, 1998, p. 208.

¹⁴⁰ CORREIA, Rosa Cícero. Hermenêutica Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade aplicados aos Direitos Fundamentais. **Revista da Esmape**. Recife. Vol. 8. N. 18, jul/dez. p. 543, 2003

Em sentido similar, Habërle evidencia que toda a atualização é feita de forma constante pela interpretação que se caracteriza como atividade destinada de forma consciente a compreender e explicitar o sentido do texto normativo, a diferença é que nesse processo é admitida a atualização da Constituição por qualquer indivíduo.

Sem dúvida, a proposta duma sociedade aberta dos intérpretes enseja riscos que não agradam a muitos e da mesma sorte, reitera um caráter de natureza política que o próprio admite ao enumerar que seriam os mesmos, admitindo cidadãos e grupos de órgãos estatais, ou o sistema público e a própria opinião pública.

Críticas à parte, a estrutura imaginada por Harbele, ao menos não incorre em aspectos vulneráveis como a aplicação da proporcionalidade como princípio interpretativo, não exclusivamente nas mãos dos juízes.

O aspecto democrático da sociedade aberta dos intérpretes, sugere que quanto mais pluralista for a sociedade maior o número de critérios a se estabelecer.

Se for feito um aporte com o sistema de controle de constitucionalidade de modo concentrado e presente em boa parte de modo ocidental; poder-se-ia notar com os critérios de massificação, ao menos ao que se observa no Brasil, de que a hegemonia do Supremo Tribunal Federal, tolhe outras iniciativas. Vez que as próprias decisões do Tribunal Constitucional pátrio, com efeitos “*erga omnes*” e mais do que isso, vinculante frustraram até mesmo a administração pública¹⁴¹.

No mesmo sentido, mas, observando véis diferenciado, George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite, traz á tona que um dos aspectos para a proliferação da proporcionalidade advém da abertura constitucional, que permite a realização do Direito Constitucional material por parte daqueles encarregados de aplicar a norma maior¹⁴². De tal modo, que as normas pricipiológicas, como a proporcionalidade enseja uma flexibilidade maior da Carta Constitucional, o que conduz a mesma a

¹⁴¹ Nos comentários de Henrique Savonitti Miranda, o mesmo dedica um item do seu manual á obra de referência de Peter Habërle. E comenta que a sociedade aberta dos intérpretes vem cunhado muitos adeptos no mundo inteiro, inclusive daqueles que defendem a ampliação concentrada de constitucionalidade das leis e atos normativos. Tanto que a concepção de Habërle é vista com simpatia por parte da dogmática constitucionalista mundial. (MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 115/116).

¹⁴² LEITE, George; LEITE, Glauco. Abertura da Constituição em Face dos Princípios. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.156

uma interpretação que sugere, como um processo informal a mudança da própria Constituição.

Outro aspecto peculiar foi trazido por Willis Santiago Guerra Filho¹⁴³ quando enfatiza que o princípio em tela se inicia por uma exigência cognitiva de elaboração racional de direito, suas origens em comum na matemática – de onde se origina razão (*ratio*) e proporção (*proportio*) – o que se explica para o autor de o mesmo figurar entre os cânones metodológicos da chamada interpretação constitucional. E observa o autor que a mesma é utilizada em face do esgotamento e pelo não resultado satisfatório em muitos casos da hermenêutica tradicional.

Em face da contextualização apresentada, é sabida que o princípio da proporcionalidade em seu sentido interpretativo, apresenta-se como alvissara de que muito mais que a nova interpretação constitucional partindo da principiologia, tem ápice no papel desempenhado pela ponderação na resolução da colisão de princípios. E mais do que isto, preservando sua vinculação aos direitos fundamentais, muito embora como foi ressaltado (com base em alguns autores) que realmente possui um caráter neste particular procedimental.

A batalha por um direito e uma interpretação que se coadune com a realidade é uma constante que desafia uma ideologia afinada numa dogmática dominante, de tal modo que esconde os reais sócios de poder, como enfatiza Artur Stamford¹⁴⁴.

2.4 O Princípio da Dignidade Humana como vetor hermenêutico

Embora achado hoje em muitas Cartas Políticas e na nossa ao patamar de princípios fundamental, a dignidade humana, como valor do homem em si mesmo é um paradigma no constitucionalismo contemporâneo.¹⁴⁵

Pois, sua conceituação, embora genérica é capaz de agasalha diversas concepções.

¹⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da Proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.245.

¹⁴⁴ STAMFORD, Artur. **Decisão Judicial: dogmatismo e empirismo**. Curitiba: Juruá. 2004, p. 21

¹⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais**. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 103/104

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁶, traduz que a dificuldade de uma conceituação clama do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma fundamental se revela no mínimo de ser obtida.

Pois, como alerta Sarlet¹⁴⁷ tal dificuldade, decorre certamente ao menos da circunstância de que se de conceitos de contornos o que traz para sua eficácia e concretização constitucional um perene desafio.

Sarlet em outra oportunidade,¹⁴⁸ vindica que uma das dificuldades reside no fato de que a dignidade da pessoa humana, diversamente em que ocorre com as demais normas jus fundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física intimidade, vida propriedade, etc), mas se de uma qualidade tida para muitos – possivelmente esmagadora maioria – como inerente a todos e qualquer ser humano.

Outro aspecto destacado é de que a doutrina e a jurisprudência cuidaram ao longo do tempo, de estabelecer critérios ou contornos basilares do conceito a ser concretizado. Não cabendo como diria Habermas, ao menos aos juízes ingressar no conteúdo ético da dignidade, relegando tal tarefa ao debate público.¹⁴⁹

Assim deve-se pontuar como **escopo presente** estudar o viés ou o papel interpretativo necessário que é inerente a dignidade humana. A expressão ora utilizada descende por assim dizer, de ponderação exercitada por Ana Paula de Barcellos. Em expressão literal manifestou-se a autora em lume¹⁵⁰:

Como se sabe, os princípios constitucionais – e especialmente o princípio da dignidade humana manifestam as decisões fundamentais do constituinte, aqui deverão vincular o interprete em geral e o poder público em particular. Assim, os elementos aleatórios acima referidos – diferentes concepções da ordem jurídica, preconceitos etc. – devem ser substituídos pelos princípios constitucionais na definição das escolhas com os quais o interpreto inevitavelmente se depara, em suma: O princípio da dignidade da pessoa de proteção humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o interprete deverá orientar-se em seu ofício.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana**. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 39.

¹⁴⁷ Idem, ibidem.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana**: Construindo uma compreensão jurídico constitucional necessárias e possíveis e dimensões da dignidade. “IN: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 14/15.

¹⁴⁹ Idem; Ibidem.

¹⁵⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais**. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 14.

Noutra contrapartida Ana Paula de Barcellos¹⁵¹ fala no mínimo existencial ou de núcleo da dignidade da pessoa humana, que será apresentada adiante, vem sendo tratada como ideia do mínimo existencial ou de núcleo da dignidade humana, o mínimo ao que se entende a ser exigido do Estado.¹⁵²

Outro aspecto transcendental, é a importância da dignidade da pessoa humana como princípio e sua conexão com os direitos fundamentais¹⁵³ de modo que com sua função como critério para construção de um conceito materialmente aberto o de direitos fundamentais¹⁵⁴.

Em verdade como se tem reiterado neste trabalho dissertativo a própria aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana é vago e aberto, necessitando de uma colmutação. No que se defende “*verbi gratia*” o princípio da proporcionalidade como instrumento hermenêutico a concretizar o mesmo. Se há uma conexão na dita vagueza do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Quanto a hierarquia da dignidade da pessoa humana na topografia do ordenamento jurídico, sobretudo na topografia do constitucional não resta dúvida pela explicitude do Art. 1º, inc. III da CF/88 que a mesma é tratada como princípio fundamental sendo este “*status*” jurídico-normativo¹⁵⁵.

Tal noção leva a entender que a dignidade da pessoa humana deve e pode ser protegida pela Lei nº 9882/99, portanto pela Lei de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Vale ainda registrar para efeitos de referencial histórico, que quanto ao embrião da dignidade da pessoa humana João Batista Herkenhoff¹⁵⁶ marca a mesma, desde o livro de Gênesis no Velho Testamento quando diz: “... e o homem tornou-se um ser vivente”: Traz a mesma obra, referências da dignidade da pessoa humana na África vinculada a cultura Akan, de Gana, bem como da civilização

¹⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais**. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 118.

¹⁵² Idem; ibidem.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana**. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004. p. 66/67.

¹⁵⁴ Idem, ibidem.

¹⁵⁵ HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos**. 2 ed. Aparecida: Santuário. 2002. p. 139/140.

¹⁵⁶ Idem; Ibidem.

chinesa pelo Confucionismo. Bem como é registrada a presença como grande obra em Sófocles do homem, marcando a cultura grega clássica.

Voltando ao cerne da função da Dignidade Humana enquanto vetor ou princípio hermenêutico a enfeixar o intérprete do sistema constitucional, vale frisar a pontuação de Flávia Piovesan¹⁵⁷ de que o princípio em tela age: “como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de sistema Constitucional”.

Oportuna é a pontuação de Eduardo Rabenhorst¹⁵⁸, quando observa que o que caracteriza a democracia é exatamente a falta de fundamentos absolutos (transcendentes e religiosos) e a diversidade de valores. Se existe algum fundamento último para a democracia, ele não pode ser outra coisa senão o próprio reconhecimento da dignidade humana.

Complementando, Rabenhorst¹⁵⁹ reafirma que a dignidade humana trata-se apenas de um princípio prudencial, sem qualquer conteúdo pré-fixado, ou seja, uma cláusula aberta que assegura a todos os indivíduos o direito a mesma consideração e respeito, mas que depende, para sua concretização, dos próprios julgamentos que esses indivíduos fazem acerca das diversas formas de manifestação da autonomia humana. Dentro de tal concepção o autor elencado verifica a dignidade humana como um conceito de ordem descritiva para torna-se o próprio *ethos* da moralidade democrática.

Tal entendimento com a “devida vênia”, por certo ponto vai de encontro ao pensamento kantiano.

Em oportunidade de articular Adriana Galvão Moura¹⁶⁰ reporta que a “dignidade humana” entende-se a exigência anunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico. Do pensamento extraído em Kant a articulista¹⁶¹ reverbera age de forma que trate a humanidade, tanto na pessoa do outro como na

¹⁵⁷ HER KENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos**. 2 ed. Aparecida: Santuário. 2002. p. 139/140

¹⁵⁸ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica. 2001. p. 48.

¹⁵⁹ Idem; Ibidem.

¹⁶⁰ MOURA, Adriana Galvão. A Dignidade Humana como fundamento da cidadania. “IN: DINALLI, A.; FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **Constituição e Construção da Cidadania**. Leme: Mizuno. 2005. p. 31.

¹⁶¹ Idem, ibidem, p. 49.

pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio.

Em palavras próximas também reiteradas na oportunidade de em ênfase Abbagnano¹⁶² define que tal imperativo estabelece na verdade, que todo homem, ou todo ser racional, consiste no fato de que ele possui um valor não relativo, mas intrínseco que a dignidade.

Na crítica da razão para Kant¹⁶³ focaliza entre a função lógica do entendimento em juízos categóricos, hipotéticos e disjuntivos.

Sendo explicado por Noberto Bobbio¹⁶⁴ os imperativos categóricos a prescrição de uma ação boa em si mesma, isto é uma ação boa em sentido absoluta, que deve ser cumprida incondicionalmente.

Noutro ponto Bobbio¹⁶⁵ sustenta os imperativos hipotéticos como aqueles que prescrevem uma ação que não é boa em sentido absoluto, mas boa somente quando se deseja ou se deve atingir um fim determinado, e assim é cumprida condicionalmente para obtenção do fim.

Noutro estágio mais adiante, Kant na crítica da razão pura ao avaliar conceitos puros de entendimento ou de categorias pauta que a procura de conceitos como os considerados (em relação as categorias)¹⁶⁶ constituem em suas palavras “... um plano digno de homem perspicaz como Aristóteles”¹⁶⁷.

Complementando o raciocínio presente em artigo sobre o tema Fernando Ferreira Santos¹⁶⁸ frisa que para Kant a razão prática possui primazia sobre a razão teórica. A moralidade significa libertação do homem, e o constitui como ser livre. E em corolário o comentarista acerca de Kant anuncia¹⁶⁹: “pertencemos, assim, pela práxis, ao reino dos fins, que faz da pessoa um ser de dignidade própria, em que tudo o mais tem significação relativa”.

¹⁶² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2 ed. São Paulo: Mestre Jon. 1982. p. 259.

¹⁶³ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Vol. I. Os Pensadores. Nova Cultural: São Paulo. 1987. p. 65/66.

¹⁶⁴ BOBBIO, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Batista, Ariani Bueno Sudahi. 3 ed. São Paulo: Edipro. p. 92/93.

¹⁶⁵ Idem; Op. cit. p. 93.

¹⁶⁶ KANT, Immanuel. Op. cit. p. 70. Onde consta a tábua das categorias engendrada em Kant.

¹⁶⁷ Idem; Ibidem.

¹⁶⁸ SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi Teresina**, a.3, n. 27, dez. Disponível em: <<http://jus.vol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso: 21 fev. 2006. p. 3.

¹⁶⁹ Idem; ibidem.

Assim, reverbera o autor ¹⁷⁰supra em Kant que o homem é um fim em si mesmo e por isso tem valor absoluto, não podendo por conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e justamente por isso tem dignidade, é pessoa.

Ao tratar de tema que nesta será de pontual importância, visto a judicialização da política ou politização da justiça Ana Paula de Barellos acentuou¹⁷¹: “Na esfera política, a eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana funciona apenas como um limite último, uma barreira de contenção apta a obstar ações políticas que o violem ou restrinjam – modalidades de eficácia negativa e **vedativa do retrocesso**, ou ainda como um imperativo interpretativo – **eficácia interpretativa**, pelo qual as normas e os atos do poder público devem ser interpretados sempre de maneira que realize de forma mais ampla e consistente a dignidade”.

2.5 A Interpretação Conforme a Constituição

Outro aspecto a ser tratado na presente óptica em face da “nova Interpretação Constitucional” queda-se no desafio em face do método conhecido como a “Interpretação conforme a constituição”.

Sendo que a imperatividade não apenas da “sociedade aberta dos interpretes” como diria Habërle, como também é principalmente do juiz ou do judiciário como interprete atenta ao método em lume fundado a partir da Supremacia da Constituição.

Assim a Supremacia da Constituição, pilastra que alicerça tal força vinculativa de si mesma em exercício diurno sobre a maneira das Cortes e juízes que compõem a jurisdição respectiva viaja por acepções e fenômenos.

Em ocasião Ivo Dantas¹⁷² engendrando o caráter político da Constituição que se traduz em última análise (condiz) em uma maior proteção que se confere à

¹⁷⁰ SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi Teresina**, a.3, n. 27, dez. Disponível em: <<http://jus.vol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso: 21 fev. 2006. p. 3.

¹⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, 2002 p. 252.

¹⁷² DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**. 2 ed. Curitiba: Juruá. 2006. p. 137.

matéria constitucional em consequência ocupando posição de destaque frente às demais matérias que formem o ordenamento jurídico.

Ainda no enfoque da Supremacia Constitucional Ivo Dantas¹⁷³ observa com fundamentos em Georges Budeau e Linares Quintana que a Supremacia pode dividir-se em material e formal. Sendo material, aquela relacionada com o conteúdo da Constituição, enquanto a segunda alicerça-se na escala de normas donde atinge o ápice.

Noutro ponto, articulando conforme autor em apreço, o mesmo¹⁷⁴ foca como reverso (por assim dizer) da Supremacia, a Supralegalidade da norma Constitucional.

Sendo esta caracterizada em suma por um teor com mais estribo jurídico, e atrelado ao conceito formal de Constituição tanto assim, que o autor em comento vincula a mesma sem canalizada:

Ao fato de ser elaborado por um poder constituinte e daí o caráter de superforma fundadora da ordem estatal, exercida pelo poder de controle de constitucionalidade e ao respeitar balizamentos na constituição no atinente ao poder de reforma.

Já ante o explanado e sem o deduzi-lo André Ramos Tavares¹⁷⁵ verifica a Supremacia Constitucional com ênfase no aspecto do Controle de Constitucionalidade revistando o nas suas palavras exaustivamente mencionada caso *Marbury vs. Madison* donde a inexorável nota de Supremacia, como disse o autor cabe ao Judiciário realizar direta e imediatamente o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais.

Alexandre de Moraes¹⁷⁶ em oportunidade também ressoa como ponto de partida para a “Interpretação conforme a Constituição” além da Supremacia das Normas Constitucionais a prevenção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos aditados pelo Poder Público competente.

¹⁷³ DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro**. 2 ed. Curitiba: Juruá. 2006. p. 138.

¹⁷⁴ O Conceito de Supralegalidade em Ivo Dantas afeiçoa maior proximidade com o caráter jurídico da Constituição, ou como diz o autor é um conceito de natureza jurídica e também com maior afinidade com o conceito formal de Constituição. (Idem; ibidem).

¹⁷⁵ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 131/132.

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 16.

Tratando, a partir da Supremacia como consequência lógica para toda e qualquer norma André Ramos Tavares¹⁷⁷ em obra já mencionada, adverte que a Constituição desempenha em tal linha um papel de “*Standard Interpretativo*”.

Continuando o tirocínio supra Tavares¹⁷⁸ elucida que assim, ao falar em Constitucionalização do Direito, não se faz menção apenas à Supremacia Formal (já tratada aqui), mas entender pois a Constitucionalização como o processo (já realizado ou em andamento nas palavras do autor), de alocação de certas prescrições no corpo da própria Constituição.

Elucidação pois válida ainda em Tavares¹⁷⁹ é de que pois tal Constitucionalização de direitos poderia partir pois desde o processo constituinte originário ou posteriormente pelo processo de reforma, de modo que o fim a se alcançar são os marcos “valorativos” constitucionalmente fixados e que também possui relações com o restante do Direito.

Seria como ainda afirmou o autor¹⁸⁰ ou “poder de conformação” que se reconhece na Constituição em relação as demais determinações normativas.

Enfeixando a própria ideia aqui articulada o referido estudioso ressoa a Constituição como vetor valorativo (em suas palavras) para qualquer discurso hermenêutico das leis¹⁸¹, de modo que a interpretação conforme a Constituição realça tal função nas Constituições.

Em difícil terreno de encontrar a formulação de cunho conceitual o autor supra em oportunidade diversa considerou textualmente¹⁸²:

O tema da interpretação conforme à Constituição enquadra-se no estudo das técnicas de decisão operadas pela Jurisdição Constitucional. Não se trata propriamente de uma forma de interpretação da Constituição, mas sim das leis. Assim, quando uma norma infraconstitucional contar com mais de uma interpretação possível, uma (no mínimo) pela Constitucionalidade e outra ou outras pela Inconstitucionalidade, múltipla interpretação dentro dos limites permitidos ao intérprete, este deverá sempre preferir a interpretação que consagre ao final, a Constitucionalidade.

¹⁷⁷ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. Op. Cit. p. 133/134.

¹⁷⁸ Idem; ibidem.

¹⁷⁹ Idem; ibidem.

¹⁸⁰ Idem; ibidem.

¹⁸¹ Visto que em 2.4 o Princípio da Dignidade Humana é tratado como vetor hermenêutico, e com arrimo no próprio André Ramos Tavares a Constituição por seguir como vetor hermenêutico recorre-se a técnica de interpretação mais autêntica que seja a (interpretação conforme a contribuição” para alcançar sentido e alcance do teor da mesma por tal razão eleita e considerada de relevância no presente trabalho.

¹⁸² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 81.

Em alinhamento ao desafio tenaz J.J. Gomes Canotilho¹⁸³ aceitou em ordem de conceituar:

O Princípio da Interpretação das Leis em Conformidade com a Constituição é fundamentalmente um princípio de controle tem como função assegurar a Constitucionalidade da Interpretação e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos nos permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma.

Em face do propósito que o presente trabalho deve desenvolver, inferência pontual centra-se no trabalho de cunho dissertativo de Lucas Catib de Laurentis que em pesquisa sobre o conceito ora perseguido buscou em primeiro plano a objetivação tratada em Lênio Streck¹⁸⁴.

Que em alusão inserindo, destacam-se¹⁸⁵:

i) a interpretação conforme a Constituição é um princípio imanente à Constituição; ii) ao prever a aplicação dessa técnica no sistema de controle de Constitucionalidade, o Poder Legislativo admitiu implicitamente a função do Poder Judiciário não é inicialmente a de, no plano da Constitucionalidade, agir como legislador negativo; iii) a interpretação conforme a Constituição é instinto da nova hermenêutica constitucional que rompe paradigmas dos métodos hermenêuticos clássicos.

Um aspecto por demais peculiar em De Laurentis¹⁸⁶ é fincado na crítica plausível ao observado em Streck, pois o pesquisador em referencia descontrói por assim dizer, a necessária relação direta entre a adoção de determinado sistema de controle e a utilização da interpretação conforme a Constituição.

Em diapasão complementar, o autor focado ressalta¹⁸⁷ que ao contrário do que pressupõe Lênio Streck, nem sempre a garantia da Constituição e a interpretação conforme à Constituição andam juntas.

Pois para o mesmo¹⁸⁸, pode haver garantia Jurisdicional da Constituição, realizada por meio de um sistema de controle de constitucionalidade sem a previsão

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria do Direito**. 7 ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1226.

¹⁸⁴ O trabalho referido origina-se de Dissertação de Mestrado defendida na Universidade de São Paulo pelo autor que parte do desafio de aceitação da referencia em Lenio Luiz Streck em sua obra. (DE LAURENTIS, Lucas Catib. **Interpretação conforme a Constituição**: conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 57).

¹⁸⁵ I DE LAURENTIS, Lucas Catib. **Interpretação conforme a Constituição**: conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 60

¹⁸⁶ Idem, ibidem. p. 60.

¹⁸⁷ Idem; ibidem.

¹⁸⁸ I DE LAURENTIS, Lucas Catib. **Interpretação conforme a Constituição**: conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros. 2012. p.58

da utilização da interpretação conforme a Constituição. O que vale ao fim é a adoção pelo determinado Estado Constitucional acerca da técnica ou não.

É então pois que o autor em alusão¹⁸⁹, observa por necessário sobre tal técnica a Constituição Brasileira, nada mais expressa que a literal expressão utilizada no direito Alemão (Verfassungskonforme Auslegung), que constitui suma umas das técnicas que compõem o sistema de controle de constitucionalidade e que visam a garantir a eficácia das Normas Constitucionais.

Aliás quanto a tal ponto insere-se a mais que lugar comum, que se pode ocultar que a técnica da interpretação conforme a constituição precede do Direito Alemão.

E a mais pasmem, a favor do tema ativismo De Laurentis¹⁹⁰ observa que na Alemanha a realização da interpretação conforme a Constituição contrabalança a competência do controle de constitucionalidade, pois possibilita aos juízes singulares controlar e modificar dentro de acertos parâmetros, o sentido da lei vem, com isso acionar a sistemática de envio da prejudicial de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional.

A primeira manifestação segundo De Laurentis¹⁹¹ acerca da “interpretação conforme a Constituição” no direito brasileiro ocorreu via controle abstrato de constitucionalidade (Representação 1.417/DF), onde o Procurador Geral da República questionou a Constitucionalidade do §3º do Art. 65 a Lei Complementar 35/79 com redação regulada com a Lei Complementar 54/89 que tratava da concessão de auxílio transporte e auxílio moradia para magistrados.

Por fim vale extrair para o presente, que o valioso trabalho dissertativo pontua as acepções sobre interpretação conforme a Constituição ora atrelado em orientação de autores que observam a técnica atrelada a decisões vinculativas do

¹⁸⁹ I DE LAURENTIS, Lucas Catib. **Interpretação conforme a Constituição**: conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 59.

¹⁹⁰ Idem, ibidem, p. 62.

¹⁹¹ O autor faz menção a José Adércio Sampaio e Regina Nery Ferrari acerca da aplicabilidade com maior vazão da interpretação conforme a Constituição mais atreladas a decisões judiciais de ordem vinculativa. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Sentenças Intermediárias de Constitucionalidade e o Mito do Legislador Negativo. In: **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**: estudos em homenagens ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 163. FERRARI, Regina Maria Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 246. DE LAURENTIS, Lucas Catib. Op. cit. p. 67).

STF, ou em contrapartida, daquelas decisões originárias do direito alienígena difícil de observar pelo sistema de controle de Constitucionalidade adotado no Brasil.

Ainda assim, revisitando o próprio autor em tela, engendrado no presente, o atestável é que interpretação em sintonia com a Lei Fundamental constitui técnica a mais que regra de regulamento, mas a possuir como destinatário o Judiciário que contemporaneamente abandonou os “velhos recursos” e os “velhos modos” de forma como seguir-se mais proativa e defesa mesmo do teor mais consonante com a Constituição¹⁹².

¹⁹² A exposição construída ora procura aperfeiçoar o enfoque e a aplicação da técnica “Interpretação conforme a Constituição” de acordo pois com sua atuação em face dos fenômenos ativismo judicial e da judicialização da vida. Assim, pois não a cingir-se a interpretação conforme a Constituição com Redução ou sem Redução de texto. Posto que, tais aspectos regulam com o devido respeito maior tecnicismo que é louvável mas não o mais relevante para o presente.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

Falar do ativismo judicial, ressalta o mesmo como centro de uma das discussões das mais profícuas no direito constitucional contemporâneo. Tanto assim, que irradiam-se debates que observam os pontos ora limítrofes, ora de interrelação numa visão a sugerir relação alopoética entre o judicial e a política.

Que seja, abordar num estudo como o presente o ativismo judicial, incursionando até mesmo à extenuante judicialização nas relações hodiernas incide pois, o tratamento não apenas como se interpôs acima, os limites entre justiça e política, mas mesmo observar que as relações jurídicas como um todo tornaram-se mais complexas.

Portanto, ante tal complexidade a mais que os “*hard cases*” a contemporaneidade e suas problematizações próprias, a mais que a judicialização excessiva com a sobrecarga do judiciário, inclinam o mesmo em sua nova postura em face de novas realidades.

Deste modo, o presente escopo enseja em elaborar os temas do ativismo judicial e por via de consequência da judicialização da vida, de modo a descontinuar os mesmos como um novo viés para observar outros fenômenos que corroboram para uma “nova hermenêutica constitucional”, como a exemplo e já percorrido ao falar do papel dos princípios constitucionais.

Para tanto, e no caso retrocitado, não se pode olvidar, que como propõe o título supra, articular o ativismo judicial e a judicialização da vida, de modo a observá-los não apenas como caminhos, mas como desafios para alcançar uma nova visão dos princípios constitucionais, ensejam e recomendam alguns cuidados a fim de evitar incursões indevidas.

Noutras palavras, deve-se atentar para algumas precauções antes de adentrar ao desiderato proposto em fim de se evitar o sério risco de tratar certos temas sob a análise que atenda a modismo e a lugar comum, a que se seguiu por muito tempo na diferenciação entre princípios e regras, depois ao tratar, como se propôs aqui, o princípio da proporcionalidade e o primado da dignidade humana

neste particular a corroborar e confrontar com o ativismo judicial e a judicialização da vida¹⁹³.

Descontinuar portanto, os princípios constitucionais em foco, sob o novo lume e enfatizando, circunstâncias donde a produção da interpretação judicial abandona antigos paradigmas eis o desafio.

Portanto ante tal evento, se faz necessário um distanciamento das paixões, das tendências a envolver várias abordagens e temas como panacéia e desenvolver uma análise cuidadosa e com têmpora serena e o mais imparcial possível capaz de cercar a abordagem presente da neutralidade que o trabalho de cunho científico necessita.

Ainda vale lembrar que, ante as advertências prévias aqui referidas, é pois salutar recordar que deve se tratar como um todo o conjunto de princípios constitucionais, entre os quais os percorridos. Focando pois, no caso presente a manifestação observada no direito e teórica práticas. Pois, fazem menção à partir do ponto de partida, que seja o ato político jurídico da implantação, vigor e ampliação da Carta Cidadã de 1988.

Sabe-se nesta esteira, que também de se antever cuidados com “mal costume” de se colocar na vala comum referências de produções cronológicas distintas, e a ampliação consentânea tanto quanto aos elementos hermenêuticos de “*per si*” seja por meio aos fenômenos ativismo judicial, e em consequência da judicialização da vida, que diferenciados sinalizam outros caminhos.

Caminhos esses que se inter cruzam como paralelas ou por meio de interseção, ao passo que planificam além de paradigmas hermenêuticos utilizados pelo Estado Juiz, numa postura diferente da tradicional. Pois, que vez por oportunizada ao mesmo, vez por sua atuação mais ampla e intensa, limite de interferência ou não, da esfera de atribuições de outros poderes.

Posto assim, o que se pretende viabilizar seria a proposição insigne, que ainda que pertencentes a ondas e períodos distintos o ativismo judicial¹⁹⁴ como

¹⁹³ A problematização que ora não encontra-se inserida de que muitos autores elocubram falar em direito comparado, quando tratam em legislação comparada. Ao que no presente é menos tocante por infundir e atestar manifestações do judiciário em outros países.

¹⁹⁴ Como já reafirmado no bojo do presente, o cuidado ora recomendado, segue como se observará adiante uma recomendação do professor da UFRGS Humberto Ávila sobre os modismo que tendem

gênero ecloderia manifestações que estudadas imparcialmente relevam de qualquer forma novas facetas de uma recente ou não, mas diferente realidade.

3.1 Origens do Ativismo Judicial

Fazer qualquer corte de ordem epistemológica requer cuidados como aferir conceitos, tergiversar em pontos de contato com direito em legislações¹⁹⁵, e assim também o é com o referencial histórico.

No caso presente, tal referencial é imprescindível para a compreensão do fenômeno em estudo, até mesmo porque o exurgimento do ativismo judicial confunde-se em termos com a compreensão do desenvolvimento do mesmo.

Por vez, Luís Roberto Barroso¹⁹⁶ pontua que o ativismo judicial ressoou a partir da segunda guerra mundial nos países ocidentais, como um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela observada no âmbito do legislativo e do executivo.

Mais a frente na mesma oportunidade Barroso¹⁹⁷, registra que as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte americana, e acentua o autor que num primeiro momento nasceu o mesmo com a natureza conservadora.

a fazer de temas veiculados a princípios como recomendado ou a princípios e regras como um lugar comum.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. 3º triagem. São Paulo. Malheiros. 2005 p. 18.

Como observar-se-á e nisto é essencial a distinção da vida possuem semelhanças, Há familiaridade entre os mesmos, mas são distintos que ainda assim, pode e aqui se atesta intercruzam com métodos de interpretação constitucional ou em tempo, são constituída em bases de princípios de cunho interpretativo aqui em tela como o da proporcionalidade e dignidade Humana, com a ressalva para que seus enfoques ou releituras não recaiam em repetição ou lugar como se objetivou.

¹⁹⁵ Artigo que trata o tema “judicialização da vida, ativismo e legitimidade democrático” de grande contributo pra o tema em análise que expressa por bastante acurado, sobremaneira no enfoque do “ativismo judicial” aqui referenciado em publicação virtual e regular Barroso, Luís Roberto judicialização, ativismo e legitimidade democrática. (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democracia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, Lobão, Ronaldo. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.275).

¹⁹⁶ Idem, op. cit., p.279.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democracia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, Lobão, Ronaldo. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p.280.

Assim, revisita o autor em comentário¹⁹⁸ que foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (“*Dred Scott v. Sanford, 1857*”) e para invalidação das leis sociais em geral (era “*Lochner, 1905 - 1937*”), culminando no confronto entre o Presidente Roseveelt e a Corte, com a mudança jurisprudencial contrária ao intervencionismo está tal (*West Coast v. Parrish, 1937*). Jurisprudências.

Todavia é marco também na atuação judicial Norte Americana que a situação referida se inverteu na década de 50¹⁹⁹, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953 – 1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu a jurisprudência progressiva em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education, 1954*), acusados em processo criminal (“*Miranda v. Arizona*”, 1966) e mulheres (“*Richardson v. Frontiero*”, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut, 1965*) e de interrupção da gestação (“*Roe v. Wade*”, 1973).

Elival da Silva Ramos ao tratar com percuciência o tema²⁰⁰ observa que no direito alienígena é preciso estudar o fenômeno atentando sempre para a família em que se manifesta ora em face de decisões no palco de direito da família Romano-Germânica, ora na família do “*Common Law*”.

O mesmo Elival da Silva Ramos²⁰¹ alerta para um fato notório de que as duas grandes famílias do direito ocidental é fato apontado pela maioria dos comparatistas. Em seguida o autor sob auspício, revisita Cappelletti que explicita as conclusões por este alcançadas no estado “Juízes Legisladores?”, sobre a inevitável criatividade da função jurídica, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal aspecto em nossa época, aplicando-se pois a ambas as famílias e com reflexos tanto nas cortes constitucionais europeias e os órgãos de cúpula do poder jurídico nos países do “*Common Law*”.

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, Lobão, Ronaldo. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.280.

¹⁹⁹ IDEM, Ibidem.

²⁰⁰ Revisita em obra de cunho acadêmico Elival da Silva Ramos a tratar o elemento e capacidade criativa dos juízes nas famílias do “*Common Law*” e “*Civil Law*”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104

²⁰¹ Idem; Op. cit. p. 107

Aliás sobre o tema Cappelletti na oportunidade, destaca que de uma forma em geral a criatividade jurisdicional constitui fenômeno típico²⁰² do nosso século. Mais adiante o estudioso mencionado citando²⁰³ o filósofo Morton G. White, descreve a construção do fenômeno agnominado “A revolta contra o formalismo”.

Assim, o enfoque cappellettiano observa²⁰⁴ que em termos de alvos apropriados aos sistemas, verifica-se que nos Estados Unidos e ordenamentos do o “*Common Law*” cuidou-se essencialmente de revolta contra o formalismo do “*Case Method*”, na França e nas áreas de influência franco dirigiu-se, pelo contrário, sobretudo contra o positivo jurídico, enquanto que na Alemanha e área de influência germana representou principalmente uma insurgência contra o formalismo “científico” e conceitual.

Realçou ainda Cappelletti, que outrora o formalismo encontrava pálio na lógica pura e mecânica no processo judicial, ignorando ou encobrindo o elemento voluntarístico. Típico como disse²⁰⁵ de toda essa revolta que deram-se várias escolas de pensamento como “*Sociological Jurisprudence*” e o “*legal realism*” nos Estados Unidos. A “*interessejurisprudenz*” e a “*Freirechtsschule*” na Alemanha e o método da “*libre recherche scientifique*” de François Geny e de seus seguidores em França. Explicando que o reconhecimento do carácter fictício da concepção da interpretação, de tradição justiniana e montesquiana, como atividade puramente cognoscitiva e mecânica e assim, de juiz como mera e passiva “inanimada boca de lei”. Acentuaram diz Cappelletti tais escolas, a ilusão da idéia de que o juiz se encontrava na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com instrumentos da lógica dedutiva sem envolver, assim declaração de cunho pessoal.

Pier Pablo Portinaro²⁰⁶ em ocasião constrói o raciocínio de um Estado com a prevalência dos juízes a partir da própria noção do Estado de Direito. De modo que poderá numa visão por si mais crítica do ativismo judicial que o “*Rechtsstaat*”

²⁰² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris editor. 1999. p.31

²⁰³ Idem; op. cit. p. 32.

²⁰⁴ Idem; Ibidem

²⁰⁵ Idem; Ibidem

²⁰⁶ A ponderação em apreço retrata que prevalência do papel do judiciário, encontra guarida, alheio e críticas a própria noção de “Estado de Lei” ou “Estado de Direito” noção ocidental e contemporânea. Portinaro, Píer Pablo. Para além do estado de direito. Tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? (COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs) **o Estado do Direito**. História, Teoria, Crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p.469

alemão e o “*Rule of Law*” anglo-Americano tenham se encontrado e se fundindo nas teorias contemporâneas da democracia constitucional²⁰⁷.

Limite a percorrer o tema em abordagem, reside na própria lei Fundamental brasileira. E em seu passo a passo em conquistas atestam nuances antes desconhecidas do cenário jurídico pátrio.

Thiago Magalhães Pires²⁰⁸ enfatizou que supondo uma cena por dizer, surreal alguém acordasse hoje, após um sono de dez anos encontraria no Brasil um direito inteiramente diferente do que conhecia.

E assim, considera em sua articulação que as pessoas e as instituições valendo-se diretamente da Carta a sustentar suas pretensões apreciadas e tuteladas pelo Judiciário.²⁰⁹ Em outro passo a interpretação não mais considerada “operação fria ou matemática” própria de um robô.

Somando tudo isto, a outros relevantes aspectos, corroboram para num plano adequado vislumbrar-se o direito numa perspectiva denominada provisoriamente de pós-positivismo.

E esse pós-positivismo em palavras do autor²¹⁰ manifesta marco filosófico do chamado “neoconstitucionalismo”, movimento que defende uma nova forma de ver o direito, partindo da normatividade da Supremacia da Constituição para chegar a um modelo marcado entre outros, pelo papel normativo dos principais e por uma maior amplitude espaço de atuação do intérprete.

O ativismo judicial, por vez, insere-se em tal contextualização ao qual fomenta um novo papel que vai bem ou mal da transmissão a o vivo dos julgamentos do STF, das campanhas e eventos pró-cidadania da AMB (Associação dos Magistrados do Brasil).

²⁰⁷ Observação pontal em artigo de Thiago Magalhães Pires acerca do pós-positivismo e fenômenos consequentes como o neoconstitucionalismo. (PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti, Novelino, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podium . 2011. p.29).

²⁰⁸ Idem, Ibidem

²⁰⁹ Idem, Op. cit. p.30

²¹⁰ Idem,ibidem.

Por assim dizer, o enfoque em tempos hodiernos de uma situação mais “política” do Judiciário Brasileiro²¹¹ e para muitos registrado no emblemático julgamento no Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* n. 300, impetrado por Rui Barbosa em favor de pessoas presas por ordem do então Presidente Floriano Peixoto durante período de intensas conturbações políticas em face da negativa de convocação de eleição para a presidência de república que vagara em razão da renúncia de Deodoro da Fonseca.

Entrementes, a literatura especializada no tema, tratando o ativismo de “per si” observa ou pauta o marco divisório no Brasil nos emblemáticos debates entre os Ministros Moreira Alves e Gilmar Ferreira Mendes ao discutir o papel do Supremo Tribunal Federal no enfrentamento de palpitantes questões políticas e morais do país.

Por tudo isto e mais, o que há nesta tergiversar que o ativismo constitui mais que elemento uma nova manifestação do Judiciário em face de uma complexidade maior que demandam do Poder em epígrafe novas posturas e novos caminhos.

3.2 O Ativismo judicial e a constitucionalização de direitos

Ao observar o tema em confronto, é preciso ressaltar que o ativismo judicial enquanto fenômeno já aqui exaltado como profícuo do mundo ocidental na contemporaneidade e do Brasil Pós 88, ensejam outras observações necessárias.

Em primeiro plano, de que falar do ativismo em concepção donde se enfatiza a irradiação da constitucionalização de direitos, também implica uma

²¹¹ É referenciado não apenas conforme o artigo específico atentou, mas vale na jurisprudência específica como um todo que se traduz como marco divisório a testar a frequência do ativismo judicial no direito pátrio as discussões em plenárias do STF. Onde nas trincheiras se arvoravam em defesa de uma metodologia de autorrestrição via Ministro Moreira Alves contra uma postura por dizer mais ativista capitaneada pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes. Campos, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves, V. Gilmar Ferreira Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do supremo tribunal federal. IN: FELLET, André Luís; FERNANDES, Paula, Daniel Giotti, NOVELLINO, Marcelo. (ORGS). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podium. 2011. p.541/547

abordagem que por tempo poderia quedar-se no ponto 3.1 ou em outro como a atingir o direito comparado ou alienígena²¹².

Em muitos casos, ou muitas oportunidades autores e articulistas vaticinam a mais que a profusão do Estado de Direito, que o problema da divisão de poderes é também elucidado não apenas de acordo com as “novas realidades”, mas em relevo a natureza de determinadas Cartas que norteiam por assim dizer uma letra a mais a “compreender” a sociedade, a contrário senso das Cartas outrora firmadas.

Em outras palavras, a tônica preponderante em Cartas como a da Lei Fundamental Alemã (1949), Espanha (1978) Portugal (1976) a chegar a do Brasil (1988) revigoram tal entendimento. Thiago Magalhães Pires²¹³ sinaliza que com o pós - positivismo ainda adequando-se a realidade brasileira, já gerou como explanado nesta, uma euforia em suas palavras, capaz de transformar o Brasil no país dos sonhos que todos querem.

Em crítica percuciente o articulista em voga, receia que com mais Constituição, mais Estados, mais Judiciário, mais princípios e termos indeterminados, possa em contra ponto haver menos respeito a lei, menos democracia e menos segurança.²¹⁴ De fato, o desafio como enfoque presente é para que o caminho das “aludidas conquistas” sob o palio inexorável do Estado de Direito não comprometam a segurança jurídica.

Na mesma direção Thiago M. Pires.²¹⁵ enfatiza os perigos da “constitucionalização de tudo”, graças a forte carga axiológica dos preconceitos constitucionais.

Mais adiante o articulista²¹⁶ reverbera que levada ao extremo, a excessiva ubiquidade da Constituição, acaba conduzindo a uma constitucionalização total da vida, e entoa que a legislação passa a ser mera continuação dos desígnios de um constituinte onisciente, que tudo previu, e que ao mesmo legislador cabe apenas mover-se em torno de decisões pré-concebidas.

²¹² A problematização que ora não encontra - se inserida de que muitos autores elucidam falam em direito comparado, quando tratam em legislação comparada. Ao que no presente é menos tocante por infundir e atestar manifestações do jurídico em outros países

²¹³ PIRES, Thiago Magalhães . Pós-positivismo sem trauma: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti, Novelino, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm . 2011. p.36/37.

²¹⁴ Idem. Op. Cit. p.37.

²¹⁵ Idem; Ibidem.

²¹⁶ Idem; Op. Cit. p.37/38

Assim continua o comentarista,²¹⁷ dizendo que a Constituição, deixa de ser “moldura” para ser “genoma”. E a mais denomina as Cartas em tal modelo, como “constituição-verbo” que tudo criou e à qual tudo se reconduz, diante da mesma transparecendo mínimo o espaço do legislador se é que de fato existe, perquirindo em tom cético articulista em apreço.

Em desafio como se disse em plano presente, quiçá a buscar experiências e rotinas judiciais, não mais apresentam a simplicidade ao começo do século xx a exemplo se assim se seguisse hodiernamente, indubitavelmente causaria também e contraditoriamente riscos a segurança jurídica.

Evidente, que em casos como na manifestação telúrica de um “esboçado ativismo judicial” seja compreensível a euforia relatada, em meio também do anseio por conquistas sociais no qual a CF 88 passa a construir um “farol” e a mais a constipação a qual a “sociedade” não “tão aberta dos interpretes”, nos quais inseridos estavam os juízes até passado não tão remoto, em que a aplicação estante da norma gerava paulatinamente insatisfações inúmeras aos jurisdicionados. Dentro de tal enfoque, reitere-se como aduziu Luís Roberto Barroso.²¹⁸, que a expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de pensar e de se praticar o direito no mundo Romano-Germânico.

Alerta então²¹⁹, que fruto de uma conjugação de circunstâncias, tal fenômeno de porte mundial alcançado até mesmo países que seguiram o modelo inglês e por consequências a democracia do estilo Westminster, com soberania parlamentar e ausência do controle de constitucionalidade.

Barroso²²⁰ ainda adverte sobre o quão fluida (em essas palavras) é a fronteira no mundo contemporâneo entre a política e justiça, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito.

Sobremaneira ativismo e constitucionalização de direitos como realizações, caminham juntos e se afiguram e como insítas e características naquilo

²¹⁷ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: O possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti, Novelino, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm . 2011. p.36/37.

²¹⁸ Idem; Op. Cit. p.229.

²¹⁹ Idem; Ibidem.

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democracia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, Lobão, Ronaldo. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.275.

que Boaventura de Souza Santos.²²¹ chama de zona de transição paradigmática, verificadas entre os paradigmas da modernidade, cujos os sinais de crise para o mesmo são tão evidentes, a ponto de uma falta de nomenclatura a designar o estilo atual de pós-modernidade.

Em confronto ao antes expostos, se afigura o e ativismo judicial e em torno a constitucionalização do direitos, como respostas aos “desgastes” que a modernidade testemunhou e ainda em consequência experimenta.

A atuação alhures, ou a correr globo a fora, ressaltar a necessidade do novo dinamismo judicante.

Os exemplos pululam,²²² como a vigor do Canadá, onde a Corte Suprema foi instalada a se manifestar sobre a constitucionalidade de o vizinho Estados Unidos realizar testes em solo canadense. Ou no âmbito Norte Americano em que a Suprema Corte escreveu o último capítulo no julgamento *Gore v. Bush* e 2000. Ou ainda na Turquia com a preservação do estado laico ante o avanço do fundamentalismo Islâmico.

A dimensão esposada, ora, em meio as críticas mais ou menos as críticas ferozes, só arrimam que a “força normativa” da constituição irradia-se ao passo que para nesse não cinge -se na adaptação inteligente a uma dada realidade.²²³ Em seguir, a Constituição jurídica deve converter-se sim numa força ativa que se assente na natureza singular do presente (*Individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Que seja, a Constituição embora não possa por si só, realizar nada, podendo impor tarefas. Transformando-se sim a Constituição em força ativa caso tais tarefas sejam realizadas.²²⁴

Em tal parâmetro quiçá se assinale a “tarefa” de bom grado ao difícil encargo das jurisdições em face de posturas proativas.

²²¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**. O Social e o político na Pós-Modernidade 12 ed. São Paul: Cortez. 2008, p.34.

²²² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democracia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, Lobão, Ronaldo. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p.275

²²³ HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores. 1999, p.19.

²²⁴ Idem, ibidem.

Ao tratar do tema com serenidade arredou João Mauricio Adeodato²²⁵: “um dos principais aspectos da retórica constitucional, em uma estrutura jurídica dogmaticamente organizada, é a jurisdição constitucional”. Para definir esse importante conceito, procura-se aqui um meio-termo teórico entre o casuismo irracionalista, segundo cuja teoria o texto da norma jurídica quase nada significa e o juiz cria livremente o direito, e a defesa ingênua de uma verdade jurídica única para aplicação da constituição diante dos conflitos concretos, a crença na solução trazida por uma interpretação competente, justa e racionalmente cogente de textos jurídicos, adequada à “coisa” (res), isto é, a seu objeto.

Em oportuno vínculo a ser feito, Marcelo Neves²²⁶ questiona que ao se falar em “constitucionalização” Admite-se implicitamente a existência de ordens jurídicas ou de Estados sem Constituição. De modo que ao definir “Constituição”, diz o autor²²⁷ partilha-se correntemente a ideia que todo Estado possui uma Constituição real ou normativa.

²²⁵ ADEODATO, João Mauricio. **A Retórica Constitucional. Sobre Tolerância, Direitos Humanos e Outros fundamentos éticos do Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p.139.

²²⁶ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Martins Fortes. 2011, p. 55.

²²⁷ Idem, ibidem.

4 O ATIVISMO JUDICIAL VERSUS JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA

Ativismo Judicial e Judicialização da vida, como reiterado nesta, enfatizam uma nova realidade gerada pelo neoconstitucionalismo a superar as complexidades de demandas, a mais que ultrapassar a presença de uma anomia.

Assim sendo, os fenômenos em alusão numa perspectiva mais consonante com a pós-modernidade, por assim dizer revisita o conceito de “Supremacia da Constituição” que em primeira absoluteidade, não mais se atesta.

Nesse diapasão Gustavo Ferreira Santos²²⁸ alerta que a relação entre Constituição e Democracia é tensa por natureza, e menciona que sobre tais situações a adoção de uma carta por uma comunidade, através do legítimo exercício do poder constituinte pressupõe o reconhecimento da regra da maioria com instrumento apto à tomada de decisão pela sociedade.

Desse modo, complementa Gustavo Ferreira Santos²²⁹ que a tensão entre Supremacia da Constituição e Democracia parece insolúvel, mas pode ser amenizada por desenhos institucionais que demonstrem o compromisso interno entre os dois polos da relação, equilibrando a estabilidade das regras e o fundamento popular do poder, as constituições devem ser tomadas como regras do jogo democrático.

A discussão e diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da vida encontra o primeiro óbice desde a concepção do próprio ativismo judicial como fenômeno primeiro a ser estudado.

Paulo Gustavo Gonet Branco²³⁰ alerta que a falta de precisão no conceito de ativismo judicial surpreende situações curiosas e embaraçosas, em que antigos adeptos da mais ampla criatividade do juiz, na empolgação do último argumento ou

²²⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e Democracia. “In”; SANTOS, Gustavo Ferreira (Coord). **Constituição e Constitucionalismo**. Curitiba: Juruá. 2010, p. 214.

²²⁹ Idem; Ibidem,

²³⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio - o ativismo judicial. “In”: FELLET, André Luiz Fernandes; Paula, Daniel Giotti de. Novelino, Marcelo (orgs) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm. 2011, p. 388.

do interesse pessoal, tonam-se inimigos do fenômeno; observando que antes como também agora, muitos não se rendem as “novas posturas”²³¹.

Continuando Gonet Branco²³² alerta que mesmo no país em que foi cunhada pela primeira vez, a expressão “Ativismo Judicial” padece a mesma de indeterminação semântica geradora de confusões doutrinárias.

Citando pois Bradley Canon, em artigo seminal na busca da descrição das características concretas de uma decisão ativista, o articulista em comentário²³³ conforme suas literais palavras coloca em debate a difusão por muitos comentaristas de concepções disparatadas e desarticuladas do fenômeno, capazes assim, de retirar seriedade ao termo.

Gonet Branco²³⁴ chama atenção de que a própria nomenclatura “*Judicial Activism*” surgiu num contexto não- técnico objeto de um magro artigo de uma revista leiga de atualidade, a Fortune.

Ressalta ainda o articulista que nascida em meio a tais traços de superficialidade a expressão ativismo judicial estava vocacionada à equivocidade e a trivialidade de método no seu emprego.

Em oportunidade de estudo profundo sobre o tema Elival da Silva Ramos²³⁵ observou que muito embora se revele mais próximo aos sistemas constitucionais da família Romano-germânica, em que a organização do aparato estatal seja informada pelo princípio da separação dos poderes, tem-se por ativismo judicial o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incube, institucionalmente ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (Conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (Conflitos Normativos).

²³¹ O articulista destaca que a imprecisão conceitual contribui para que até mesmo os antigos adeptos da mais ampla criatividade do juiz, viessem até mesmo a rechaçar o fenômeno do ativismo judicial, (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio - o ativismo judicial. “In”: FELLET, André Luiz Fernandes; Paula, Daniel Giotti de. Novelino, Marcelo (orgs) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm. 2011, p. 138).

²³² Idem; Ibidem.

²³³ Idem; Op. Cit. p.388/389.

²³⁴ “É destacado que a nomenclatura “judicial activism” tenha conforme Gonet Branco surgido num magro artigo da revista leiga de atualidades Fortune, entre propagandas de Whisky e Aqua Velva em referência ao artigo de Graig Green. “Anintellectual history of judicial activism”. Emory Law Jorney. Vol 58. 2009. p. 1201. (Idem, ibidem, Op, cit. p. 389).

²³⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva. 2010. p.128/129.

Em relevo do trabalho aludido, Elival da Silva Ramos²³⁶ reitera críticas ao ativismo judicial de que na sinalização claramente negativa as práticas ativistas, exsurtem ou rebelam-se os demais poderes, sobremaneira o legislativo que pode ter o produto de legitimação irregularmente invadido por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), como o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Em sentido oposto, João Maurício Adeodato²³⁷ ressoa que a evolução histórica é também conduzida pela separação de poderes sob um segundo prisma: na medida em que crescente a complexidade das sociedades modernas, torna-se mais sensível a questão de se o juiz cria normas jurídicas, em suas palavras então explica, direito a qual está intimamente ligada à questão da generalidade e da identificação entre lei e norma jurídica: qual a relação entre a “criação” (legislativa e cada vez mais executiva) e a “aplicação” (judiciária) do direito.

Posto, em artigo nesta já referenciado, Luís Roberto Barroso²³⁸, elegeu algumas das características do ativismo judicial que sejam: a) Aplicação Direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) A declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; c) A impossibilidade de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matérias públicas.

Desta sorte, remonta Adeodato²³⁹ que tal ocorrência recai sobre o Judiciário nas ventiladas oportunidades, posto que sendo o mesmo um poder neutro, encontra-se descarregado de discussões sobre valores-fins positivados na lei do Estado, e sobre as regras processuais para a decisão, as quais estão em tese excluídas de suas atribuições.

²³⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva. 2010. p.128/129.

²³⁷ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional sobre tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos éticos ao Direito positivo**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 156/157

²³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democracia. In:

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, Lobão, Ronaldo. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 279

²³⁹ ADEODATO, João Maurício. Op. cit. p. 156.

Outro aspecto interessante, em paralelo ao aqui já abordado diz respeito as linhas cardeais por assim dizer, que Adeodato²⁴⁰ inclina por adotar sobre a temática; que seja a generalidade da lei, a criação do direito pelo Judiciário e a dissociação entre texto e norma, que de todo modo se aproximam da antes preceituada. Para tanto o autor em destaque, observa em suas linhas que nos dias atuais, correntes como a do uso alternativo do direito, o do próprio ativismo judicial ou a da hermenêutica filosófica, apesar de suas diferenças, propugnam exatamente por uma politização do judiciário entendendo o como criador de direito e realizador de demandas sociais em defesa dos cidadãos e minorias menos privilegiadas economicamente. De forma que mesmo os mais legalistas e os partidários de uma clara separação de poderes reconhecem que tal princípio não pode mais ser compreendido como em Montesquieu. E assim, arremata o autor que teriam corroborado os aspectos acentuados supra para o mesmo tanto no direito como na política.

A compreensão ora explanada, que sobreleva da separação de poderes, faz irradiar três correntes, não havendo propriamente a superação de uma pelas outras²⁴¹.

Explicitando, constam as correntes das teorias da única decisão correta, teorias de moldura e as teorias realistas.

Quanto às primeiras correntes, sinteticamente é observável que possuem marco histórico de referência antes do Código Civil Francês de 1804, em tais correntes o que se vislumbra seria em termos o modo de ver o Judiciário como mal necessário adotando o método hermenêutico, o mais literal possível.

Quanto às teorias de moldura, estribar-se-iam estas²⁴² numa posição mais próxima a Kelsen, de modo a defender a lei como moldura de várias decisões, flexibilizando as mesmas em alguma medida e considerando intransponível a necessidade de interpretação. Frise-se que conforme Adeodato tal concepção é a dos procedimentalistas contemporâneos conhecidos por pós-positivistas.

²⁴⁰ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional sobre tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos éticos ao Direito positivo**. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 157.

²⁴¹ Idem; Ibidem.

²⁴² Idem; Op. cit. p. 159.

Neste particular aliás, os positivistas crêem que o procedimento consiste em regras de controle que estão postas. Já por outro lado, os pós-positivistas observam um procedimento superior, ditado pela razão ou pela evolução histórica, o qual não depende de positividade para sua validade. Em termos, para uns o procedimento encontra-se positivado, já para outros seria válido por si mesmo.

Por último, vale falar das teorias realistas que focalizam-se desde a escola realista escandinava²⁴³, que não deve ser confundida com a escola do realismo norte-americano, por vez mais judicialista, o que a conduz a transição das teorias da moldura ao relativismo quanto a um conhecimento dos fatos e dos direitos, o que implica num caráter, mais arbitrário da decisão.

Outra nuance, em tais correntes diz respeito ao enaltecimento do aspecto linguístico, de tal modo que a norma jurídica não funciona como gênero, do qual a lei, a sentença e o ato administrativo são espécies, ao contrário são expressões linguísticas da norma, e funcionam de maneira mais próxima como fontes²⁴⁴.

A falar da judicialização da vida, entona-se que apesar de próxima, ora aparece como fenómeno similar, ou como prima preferem outros autores do ativismo judicial, o que de todo modo faz pensar que a primeira pudesse em tempo ser espécie da segunda. De todo modo, o parentesco é inegável. Tanto que Luís Roberto Barroso²⁴⁵ preconizou que embora os fenómenos referidos viessem da mesma família, frequentassem os mesmos lugares, ainda assim não possuíam as mesmas origens.

Tanto assim, que para Barroso²⁴⁶ a judicialização da vida dentro do contexto brasileiro constitui num fato, ou mesmo uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado e não o exercício deliberado de vontade política.

²⁴³ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional sobre tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos éticos ao Direito positivo**. São Paulo: Saraiva. 2009. p.161.

²⁴⁴ É importante frisar que muito mais que a filiação às correntes ora apresentadas, o ativismo judicial externa caracteres que guardadas as proporções e pequenas diferenças ou diferentes abordagens guardam de algum modo proximidade e ponto em comum em suas manifestações. Em outras palavras poder-se-ia identificar feixes a passar pelo mesmo ponto que em tese residiria não apenas nas semelhanças de atributos inseridos no ativismo judicial, mas como escopo do presente trabalho reúnem fenómenos e as espécies normativas, bem como métodos hermenêuticos aqui envolvidos. (Idem; ibidem, p. 163).

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democracia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, Lobão, Ronaldo. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 279.

²⁴⁶ Idem, Ibidem.

Portanto, para o referido autor, nos casos em que se aplicou a mesma o Judiciário enveredou por tal caminho porque não lhe restou outra alternativa.

Outra nuance que Barroso²⁴⁷ ressalta, seria em relação a discussão por certo, de alguns temas então na esfera do Judiciário quando outrora deveriam quedar-se com o Congresso nacional ou o Poder Executivo. Desta sorte, poderia se inserir o ponteameto de Andreas Krell, que ao tratar da nova função do Poder Judiciário no Estado Social, realça o aspecto do que chama de “Juizes politizados” e mais reforça um pseudo papel do juiz como “reavaliador” “legitimador” ou “instância Recursal” de respectivas decisões políticas.

Noutro ponto, Krell²⁴⁸ sintetiza que não se atribui ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão só de impor a execução daquelas já estabelecidas seja nas leis de cunho constitucional, seja nas de cunho ordinário.

Em mesmo alinhamento, foi que João Maurício Adeodato²⁴⁹ frisou, que respeitada que seja o comando do art, 2º da CF/88, em casos, cabe ao judiciário aplicar contenciosamente a Lei, servindo como elo de ligação entre a norma geral posta pelos Poderes Legislativos ou Executivo, em caso individualizado. De modo então, que espera-se em tais situações do julgador por ofício, uma neutralidade ética e um domínio técnico do direito ou da lei num caso concreto.

Deste modo, a denotação exata que deve ganhar azo seja ou não a usual, em vezes é a presente.

Pois, a menos que desenvolver uma visão próxima de algo meramente utilitário, serve a observar que a judicialização da vida representa a constância na esfera judicial, de questões outras que dantes não apresentadas às raias do Judiciário, hoje presente encontra-se com a presença de demandas de complexidade tal, que não apenas a interpretação mais rotineira do direito, não bastante, possui condão para resolvê-las.

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democracia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, Lobão, Ronaldo. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 276.

²⁴⁸ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (Des) Caminhos de um direito constitucional “Comparado” Porto Alegre: Sergio Fabris Editores. 2002. p.93

²⁴⁹ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional sobre tolerância, Direitos Humanos e outros Fundamentos éticos ao Direito positivo**. São Paulo: Saraiva. 2009. p.155.

Desta maneira, a resolução das referidas demandas de alta complexidade ensejam a presença também de uma sobrecarga do Judiciário, bem como um indício em alguns casos da presença de “*Hard Cases*”.

Outrossim, a judicialização da vida exige a muito mais que a desenvoltura do juiz Hércules de Dworkin, através de ferramentas que por viés hermenêutico neutro e serio conduzem a decisão próxima quicá da ideal para cada caso concreto.

Evidente, que tal raciocínio induz a pensar desde já que como um dos caminhos interpretativos do juiz se observa por meio do sentido mais original da agnominada proporcionalidade que em Aristóteles²⁵⁰ apresentava simetria com a idéia de justiça, tanto que em momento da Ética a Nicômaco o pensador grego arregou que a justiça realiza um certo tipo de proporção.

A esse respeito, aliás, Manuel Moix Martinez²⁵¹ ressalta, da mesma obra em Aristóteles as hipóteses de justiça política. Quando inclusive destaca em termos, a importância de conceitos simétricos como a liberdade, a igualdade a proporcionalidade e a aritmética.

Da importância aplicável, como acima se depreende como proposto, novos ou não tão recentes instrumentos à responder a novas questões.

4.1 Á Construção de uma Nova Hermenêutica Constitucional Pelo Ativismo Judicial e a Judicialização da Vida.

Ultrapassados os percalços de observar o ativismo judicial e a judicialização da vida, pugnando conhecer origens, repercussões, características e buscar um conceito ainda que fugidio de ambos, é de se perquirir qual o escopo de tais fenômenos.

²⁵⁰ A justiça em Aristóteles, mais especificamente na ética a Nicômaco, suscita uma idéia simétrica de proporcionalidade que até os dias atuais, ainda que ante discussões sugere elo em face de temas vinculados a isonomia e justiça, numa revisita ao pensador em relevo. ARISTÓTELES. Ética, Nicômaco. Os pensadores. Vol. II. Tradução: Eudoro de Souza. São Paulo. Nova Cultural. 1987. P. 85.

²⁵¹ MARTINEZ, Manuel Moix. ΔIKΛ. **Nuevas perspectivas de La Justicia Clásica**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1968. p. 218

Indubitavelmente, a resposta não pode se apresentar de forma elementar, não aparenta simplismo, e ao revés demanda uma reflexão mais acurada.

É de se saber ao falar do Ativismo Judicial, com movimento ou fenômeno matriz, que buscam primeiras alertavam de que o “Juiz Intérprete” que dar-se-ia por assim dizer, a buscar novos horizontes a mais que o “juiz aplicador de normas”, percorrendo uma “estrada” donde a hermenêutica fosse a mais que uma atividade meramente silogística ou mecânica como já se disse.

Outrossim, afora respeitando a própria retórica, desde Aristóteles avançando até Perelman, ou em alusão a tópica em Theodor Viehweg²⁵², ainda assim o caminho ora perseguido, com o devido respeito, tenta seguir com denodo àquele mais afeito a denominada viragem linguística.

A opção carregada aqui, se reveste de justificativas muitas em face mesmo da própria abertura que a Constituição Brasileira oferece em termos de estrutura e a mais dentro dos paradigmas sinalizados não apenas no contexto da mesma do ponto de vista da Supralegalidade mas também do seu aspecto jurídico-político que enseja arrimo a consolidar a noção já perfilhada de Supremacia Constitucional.

Deste modo, como já se aludiu ainda que olvidando a postura proativa que caracteriza o ativismo judicial, a imanente complexidade de demandas que corroboram justamente com o maior acesso à justiça para que haja uma caudalosa, por assim dizer e renitente judicialização da vida.

Não bastando só isso, outro aspecto a ser considerado, como a frente ganhará nesta maior vazão e que o contexto constitucional jurídico-político e mais a consideração do Princípio Democrático alertam para a judicialização da política.

Em consonância com o que há de mais contemporâneo na realidade constitucional pátria, inclusive no que concerne aos excessos de poder até no próprio Judiciário, percuciente o tratar de Jose Albuquerque Rocha²⁵³ : “Judiciarização da sociedade”. Antes de mais nada, é preciso esclarecer o significado da expressão judiciarização da *política* ou da *sociedade*, como dizem

²⁵² Em tempo veicula-se que as correntes filiadas ao pensamento retórico desde Aristóteles diferenciam-se das trabalhadas de Chaim Perelman e Theodor Viehweg distintos dos segmentos inerentes a virada linguística.

²⁵³ ROCHA, José Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 132/133.

alguns no contexto brasileiro. É habitual utilizar essa locução para expressar o crescimento dos poderes do judiciário como um todo. Queremos deixar claro que em verdade no Brasil, o que há efetivamente, é um aumento exponencial dos poderes dos tribunais, em especial, do Supremo Tribunal Federal, e ao contrário, uma correspondente perda de poderes por parte dos juízes do primeiro grau.”(...).

E por certo arremata mais a frente, o autor em menção²⁵⁴:

Vimos que o ativismo do Judiciário, que no Brasil se restringe aos: Tribunais, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, é um dos índices da tendência à mudança do paradigma da pirâmide para o da rede. Agora fica por ver as manifestações do ativismo do judiciário (leia-se Supremo Tribunal Federal, em primeiro lugar), bem como suas causas e efeitos, tudo brevemente como impõe a natureza do trabalho.

Como já abordado, nesta o termo ativismo judicial em expressão “*Judicial Activism*” empregado segundo Kmiec²⁵⁵ pelo historiador e político do partido democrata Arthur Schelesinger Jr, como já se disse na Revista Fortune.

O outro ponto a ser delineado, consta quanto a proliferação das teorias e concepções de auto-restrição Judicial ou autocontenção judicial (“*self-restraint*”), que para Marcos Ehrhardt Jr²⁵⁶. Reiteradas vezes rejeitam o papel de “arquiteto social” do Judiciário e buscam delimitar os limites funcionais do controle jurisdicional, estabelecendo por evento, espaços de exclusiva atuação dos poderes Executivo e Legislativo.

A contrario senso do ativismo judicial, já foram detectados em oposição ao fenômeno em alusão, em gravidade equiparável atestou-se o passivismo judiciário²⁵⁷.

Nos Estados Unidos, como registro Elival da Silva Ramos²⁵⁸, verificou-se o passivismo judiciário em duas correntes: o textualismo e o originalismo. E continua²⁵⁹ que o seminário sobre interpretação constitucional realizado na faculdade de Direito da Universidade de Stanford, em comemoração ao bicentenário

²⁵⁴ ROCHA, José Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 133

²⁵⁵ KMEIC, Keenan. **The origin And Current me anings of “judicial activism”**. California Law Review, v.92, 2004, p. 1441 1476.

²⁵⁶ EHRHARDT Júnior, Marcos. **Revisão Contratual**. A busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias. Salvador: Jus Podium. 2008. p.63.

²⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010.p.129.

²⁵⁸ Idem; Ibidem.

²⁵⁹ Idem; Ibidem.

do Constituição de 1787, o professor Erwin Chemerinsky fez sucinta descrição das principais teorias interpretativas conexas ao “Judicial Review”.

Assim, é pontuado²⁶⁰ que o textualismo ou literalismo (referindo-se a toda interpretação constitucional que considere apenas o texto da Constituição), devendo a Suprema Corte, em face dela assentar o dispositivo da Constituição, o qual é questionado ao lado do estatuto que o afronta, para decidir se o recente se ajusta ao antigo.

Quanto ao originalismo²⁶¹, o mesmo foi apresentado como uma teoria de interpretação constitucional que toma o texto da Constituição tão autoritariamente como o faz o textualismo, mas os originalistas olham além da mera linguagem textual, para o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto.

Em termos, como ressaltou Elival da Silva Ramos²⁶² em citação a advertência de Mark Tushnet, difícil é na prática distinguir a interpretação textual da originalista, posto que ambas costumam andar frequentemente juntas.

Noutro ponto constante também a teoria minimalista que para muito é evidenciada como sinônimo da autocontenção.

Registra-se a partir de 1893, que a obra “origem e finalidade da doutrina americana do direito constitucional” de autoria de James Bradley Thayer, marcou o minimalista (Judicial Minimalista) ou a autocontenção (“*self-restraint*”)²⁶³.

Enfatiza-se também que Thayer²⁶⁴ critica a prática de controle Judicial de constitucionalidade, via minimalismo ou autocontenção, sob os argumentos: do argumento literal, argumento da limitada competência do Judiciário, argumento da indeterminação constitucional e da abertura interpretativa e o argumento da referência.

²⁶⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010.p. 130.

²⁶¹ Idem, ibidem, p. 129.

²⁶² Dados constantes do artigo subscrito pelos pesquisadores do direito Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no Controle de Constitucionalidade**. (FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. Salvador: Jus Podivm. 2011. p. 462).

²⁶³ Idem; op. cit. p. 463.

²⁶⁴ Idem; Ibidem

Assim quanto ao primeiro argumento, a crítica é que as Constituições estaduais do EUA não atribuem aos juízes o poder de controlar a constitucionalidade das leis estaduais, tal poder é deduzido de forma implícita.

Em relação ao argumento limitado de competência do Judiciário, o mesmo externa que os juízes só podem fiscalizar a constitucionalidade para resolver um caso concreto e não para anular as leis²⁶⁵.

Em razão da terceira crítica ou argumento se enfatiza que a abertura da Constituição possibilita diversas acepções de interpretação, e que esta deve ser política, de modo que isto não cabe ao judiciário, mas ao legislativo que deve editar leis consideradas “prudentes” ou “razoáveis”²⁶⁶.

Por último que o argumento da deferência funda-se no controle Judicial da Constitucionalidade como imprescindível, caso contrário não haveria a garantia de que o legislador efetivamente se submeta à Constituição. Todavia tal competência conhece limitações. De modo que o Judiciário só pode declarar a inconstitucionalidade se for “manifesta”, situada “além de qualquer dúvida razoável”.

Aliás a doutrina da inconstitucionalidade manifesta exige que o Judiciário mostre por sinal sua “deferência” ou “respeito” ao legislativo²⁶⁷. Sentido em que cabe ao judiciário fixar “o limite externo que a Constituição impõe ao Legislativo”²⁶⁸.

Portanto de acordo com o ora patrocinado, o sentido mais exato de hermenêutica veio da mitologia grega, donde Hermes era um intermediário entre os deuses e os homens donde se origina a expressão em comento²⁶⁹. Ressalta Tércio Ferraz Jr²⁷⁰ que a dogmática hermenêutica faz a lei falar.

E prossegue o respeitado jurista que a hermenêutica jurídica²⁷¹ é uma forma de pensar dogmaticamente o direito, que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram.

²⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri; GASPARETTO, Soraya. **Ativismo e autocontenção judicial no Controle de Constitucionalidade**. “In”: FELLET, André Luís Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. Salvador: Jus Podivm. 2011. p. 462

²⁶⁶ Idem; Ibidem

²⁶⁷ Idem; Ibidem

²⁶⁸ Idem; Ibidem

²⁶⁹ FERRAZ, Júnior, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito Técnica, decisão, dominação.

^{4º} Ed. São Paulo: Atlas. 2003. P. 308.

²⁷⁰ Idem; Ibidem

²⁷¹ Idem; Ibidem

Se por demais, a hermenêutica em construção dos que julgam há de se esperar que com o tempo a mesma evolua ante novos paradigmas e não estacionem no tempo e no espaço.

Peculiar é uma expressão que não alcança o sentido e a natureza demandada pela hermenêutica constitucional, que como já se vislumbrou nesta guarda sempre o hiato político-jurídico em seu teor.

Não bastasse só observar-se-á como se dispôs a consideração pelos novos paradigmas donde se contextualizam o ativismo judicial e a judicialização da vida.

Luís Roberto Barroso²⁷², explica que a interpretação constitucional exige a especificação de um outro conceito que é o de construção. Por sua natureza, diz Barroso²⁷³ sobre a Constituição, que contém a mesma predominantemente normas de princípio ou esquema, com grande caráter de abstração. Destina-se, diz²⁷⁴ a lei maior a alcançar situações que não forma expressamente contempladas ou detalhadas no texto.

Outrossim, explica Barroso²⁷⁵ citando Cooley, a interpretação consiste na arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção por outro passo significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados.

Luís Roberto Barroso²⁷⁶ evidencia, que a nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto da posição subsuntiva mais tradicional de modo que as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 103/104.

²⁷³ Idem; Op. cit. p. 104

²⁷⁴ Idem; Op. cit. p. 346

²⁷⁵ Idem; Op. cit. p.349

²⁷⁶ A obra referenciada de Luís Roberto Barroco enfoca a importância no Pós-Positivismo dos princípios, reitera em expressão pontual princípios e regras mais uma vez (p. 350/356), foca a ponderação de interesses e teoria da argumentação e logra evidencia a importância dos princípios constitucionais colacionados a acrescentar o princípio da presunção dos atos constitucionais, o princípio da unidade da constituição, e mais o princípio da efetividade além de acentuar outras nuances dos princípios. (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 348/386).

preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção das soluções constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

A engendrar o exposto, Barroso²⁷⁷ chama atenção no ambiente jurídico, para a superação histórica do jus naturalismo e a derrocada política do positivismo, abrindo reflexão sobre a função social do Direito e sua interpretação. De modo tal que pós-positivismo. Enseja o autor é a designação provisória (como já se entendeu nesta) e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Não olvidando Barroso²⁷⁸ a sua maneira, a tão reiterada distinção entre princípios e regras.

Por evento, no cenário ora desenhado, o constitucionalista em apreço,²⁷⁹ colaciona entre os princípios instrumentais da nova hermenêutica constitucional princípios já abordados aqui como: A Supremacia da Constituição, a razoabilidade, dignidade humana, da interpretação conforme a constituição, sem desprezar os mesmos entre outros enquanto vetores hermenêuticos.

Descortinar o contexto em profusão, engendrar com os movimentos e fenômenos ora trabalhados não parece ou não se antecipa tarefa das mais paradoxais, vez que o objetivo da agnominada “nova hermenêutica se intercruza em intersecção mais que valiosa a um Novo Judiciário a mais que ser só a busca da lei²⁸⁰.

4.1.1 O Contributo da Hermenêutica Filosófica

Palmilhar os caminhos perseguidos pelo ativismo judicial e pela judicialização da vida em busca de uma nova hermenêutica constitucional enseja ao mínimo, que se trate da contribuição da Hermenêutica Filosófica.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 350/356.

²⁷⁸ Idem; op. cit. p. 350/356

²⁷⁹ Idem; Ibidem

²⁸⁰ GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25.

Neste sentido, ou a algo similar posicionou-se textualmente Bruno Galindo em obra advinda de sua dissertação ao tratar da concretização dos Direitos Fundamentais²⁸¹:

O estudo da nova Hermenêutica e da concretização constitucional não pode, no entanto prescindir da sua base filosófica. Qualquer estudo acerca destas teorias que prescinda dos fundamentos filosóficos das mesmas peca por incompletude e superficialidade. Embora o nosso trabalho tenha um viés predominantemente jurídico, arriscamos incluir um capítulo acerca dos pressupostos filosóficos da nova Hermenêutica (...).

Evidente que distâncias e diferenças encontram-se entre temas e momentos, entretanto em nada pode se indispor que em certos momentos há intersecção entre propósitos e necessidades.

De modo que poder-se-ia transportar a afirmação “*supra*” até esta.

É de clareza hialina que os paradigmas almejados no presente, sobremaneira com a construção efetivada pelos fenômenos envolvidos ressoam a mais que meros objetivos.

Falando em paradigmas Marcelo Cattoni ponderou em estribada base sobre paradigmas²⁸².

Considerando que tal problemática acerca da interpretação Jurídica – o problema de como garantir decisões, a um só tempo, coerentes com o Direito vigente e adequadas ao caso concreto – pressupõe paradigmas jurídicos, que informam e conformam aplicação do Direito, cabe recordar que o termo paradigma’ foi introduzido na discussão epistemológica contemporâneo, com o sentido utilizado pelo professor Gomes Canotilho, ou seja, como ‘consenso científico’ enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo a partir do conceito concebido por Thomas Khun:

[...] paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.

Em diâmetro paralelo a alcançar a seara das ciências sociais e reflexamente jurídica, Jürgen Habermas²⁸³ pontua que as ordens jurídicas concretas representam

²⁸¹ GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p 26.

²⁸² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de Teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. “In” OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. BeloHorizonte: Mandamentos. 2004. p. 52.

²⁸³ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. I. Tradução: Flávio Beno Scieberneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. p. 241/242.

não só distintas variantes de realização dos mesmos direitos e princípios nelas se refletindo também paradigmas jurídicos distintos.

Outro aspecto alertado por Habermas²⁸⁴ é de que um paradigma jurídico explica o modelo de sociedade contemporânea, de que modo deve entender-se e manejar-se os princípios de Estado e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir no contexto as devidas funções que normativamente lhe forma atribuídas.

Bruno Galindo em sua obra já referida²⁸⁵, enfatiza a importância como na sustentação presente da “guinada linguística”, refletindo na hermenêutica jurídica, sobretudo a partir da idéia de interpretação como uma produção de um sentido e não mais reprodução, como já se pensou, guardando como expoentes os nomes de Heidegger e Gadamer, responsáveis pela reviravolta filosófica no pensamento hermenêutico do século XX.

Aliás, é sabido e notório que Heidegger foi mestre de Gadamer. Por isso a influência tão patente do primeiro sobre o segundo pensador, inclusive no teor da obra do mesmo.

Aponto Bruno Galindo²⁸⁶ acerca da própria noção do termo hermenêutica, aqui explicado advindo de “Hermeneia” de origem grega responsável transmissão de complexo de significação de outro mundo (O Olimpo), através daquilo que Gadamer nominou de “Hermeneutik”.

Sobre a questão terminológica, Galindo²⁸⁷ aponta confusão terminológica entre os termos hermenêutica e interpretação possuindo mesma origem no problema surgindo em torno da tradução das palavras alemãs “*Auslegung*” e “*Hermeneutik*”. Sendo que a primeira é comumente traduzida para a língua portuguesa como interpretação, tem um sentido mais amplo e mais preciso do que a palavra correspondente. A terminologia “*Auslegung*”, explica²⁸⁸ abrange, em verdade, o conjunto das aplicações da Hermenêutica resumindo os significados de dois termos ingleses - “*Interpretation*” e “*constrution*”. Por sua vez, explica²⁸⁹ o

²⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. I. Tradução: Flávio Beno Scieberneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997. p. 241/242.

²⁸⁵ GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p 89/90.

²⁸⁶ Idem, ibidem.

²⁸⁷ Idem; Ibidem.

²⁸⁸ Idem; op. cit. 111.

²⁸⁹ Idem; op. cit. 112/113.

autor em destaque, que a expressão “*Hermeneutik*” é considerada antiquada, já na primeira metade do séc. XX na Alemanha, sendo de uso restrito dos antigos Romanos Germânicos.

Explica Galindo²⁹⁰ que pelos modos “supra” articulados, tornou-se comum o uso, entre os Alemães, dois vocábulos com o mesmo significado, segundo essa análise, é adequado na língua alemã.

Dentro da linha ora segmentada observa-se que em fins do século XVIII e início do século XIX a perspectiva sistematizada da teoria e doutrina hermenêutica iniciou-se com Friedrich Schleiermacher.

A hermenêutica de Schleiermacher é pontuada na história da filosofia em três aspectos²⁹¹: 1) por sua interpretação romântica da religião; 2) pela retomada do platonismo (vez que foi um dos maiores tradutores de Platão); 3) por algumas idéias antecipadoras de sua concepção hermenêutica.

Galindo²⁹² consubstanciado em Ricoeur observou que a hermenêutica de Schleiermacher tem dupla face, por ser romântica e crítica. Romântica por um apelo a uma relação viva com o processo de criação, e crítica pelo desejo de estabelecer regras universalmente válidas de compreensão em contraposição à perspectiva hermenêutica até então configurada.

O essencial numa exposição como a acima, é de evidenciar a importância que determinados autores tiveram na construção da denominada hermenêutica filosófica, de tal modo que como já mais que evidenciado neste lograram uma aproximação do aspecto linguístico filosófico para com a hermenêutica.

Lênio Streck²⁹³ oportuniza reflexão donde traz à baila, o grande contributo do direito anglo-saxão, ressaltando a obra de Hart, ainda que considerados os seus críticos (Referindo-se a Raz e Dworkin).

²⁹⁰ Galindo sintetiza a importância de Schleiermacher, pontuando características. (GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p.91/92).

²⁹¹ O aporte que Galindo desenvolve por Ricoeur acentua como em Gadamer a importância de Schleiermacher na interpretação Teológica dita romântica. (Idem; Op. Cit. 92).

²⁹² Idem; Ibidem.

²⁹³ STRECK, Lênio. **Hermenêutica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 176.

Considerando sobremaneira Dworkin e a construção do seu Juiz Hércules²⁹⁴, ainda assim, na teoria de Hart²⁹⁵, a dinâmica das normas somente pode ser explicitada através das regras secundárias (adjudicação, mudanças, reconhecimento) que permitem a justificação e a existência do sistema jurídico.

Para Hart, contextualiza Streck,²⁹⁶ o direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz.

Tal postura é criticada por Dworkin conforme observação²⁹⁷, que entende que o Direito sempre proporciona boa resposta, já que o juiz, ao julgar, escreve a continuidade de uma história, uma espécie de romance escrito em continuidade, no qual a boa resposta seria aquela que melhor enfrentasse a dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazem com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e, ao mesmo tempo, a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade.

A explicitude e a serenidade de Streck²⁹⁸ agilizam, por assim dizer, em verificar o profundo corte epistemológico com o rompimento de um modo de interpretação objetivista, de influência bettiana, (autoreferente por ensimesmo pelas palavras da Lei), partindo para um paradigma epistemológico da filosofia da consciência.

Ponto no qual o Professor gaúcho chama atenção, de que o “novo modelo de Hermenêutica” começa a partir dos aportes da Semiótica, em sua raiz pragmática, e da hermenêutica filosófica, com a hermenêutica filosófica, com a hermenêutica antirreprodutiva de Gadamer, que passa da percepção à compreensão.

Temos nos quais o autor em alusão²⁹⁹, evoca que tanto a pragmática como a hermenêutica, rompem com os dualismos metafísicos essencialistas, de modo a verificar a aproximação entre a hermenêutica filosófica e pragmática

²⁹⁴ Ponderação a ideia do Juiz Hércules em Ronaldo Dworkin que contradiz a tese da lei em “pedigree” em Hart.

²⁹⁵ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 176.

²⁹⁶ Idem; Op. cit. p. 176.

²⁹⁷ Idem; Ibidem.

²⁹⁸ Idem; Op. cit. p. 178.

²⁹⁹ Idem; Ibidem.

Wittgensteiniana, de modo a tornar próximos as formas de vida de Wittgenstein com os modos-de-ser do estar aí de Heidegger.

Assim dentro do contexto Streck³⁰⁰ destaca que desde 1690 Locke publicou a obra “Ensaio sobre o entendimento humano”, que passando por Saussure, Peirce e tantos outros, inclinaram a partir da década de 40 deste século, que a análise da Semiótica foi introduzida no campo jurídico, através da obra de Felix Oppenheim. Desse modo, os pressupostos fixados seriam³⁰¹:

a) Que o direito é visto como uma linguagem, tanto no signo linguístico (regras jurídicas, decisões, mandatos, etc); b) o direito positivo de uma comunidade, seu sistema jurídico está composto por enunciados; c) A ciência do Direito Consiste em proposições acerca dos enunciados jurídicos, e esta pode ser empírica (história ou sociologia jurídicas) e lógicas.

Ainda acrescenta o mestre da Unisinos³⁰² que outra relevante contribuição contemporânea para a semiótica jurídica vem de Aulis Aarnio da Helsinki, que pretende retornar a filosofia analítica mediante um caminho mais interpretativo na obra “The Rational as Reasonable”. Em tempo, o autor finlandês, procura combinar três pontos de vista³⁰³, que seja a nova Retórica, a filosofia linguística em Wittgenstein e o enfoque racionalista em Habermas.

Ressoar pois no presente o já evidenciado, e reiterado da importância do valor da linguagem como referencial distintivo a influenciar a “nova Hermenêutica Constitucional” é ser redundante, todavia o caráter ora almejado sintoniza-se com a busca de novos parâmetros, para um caminho necessariamente percorrido pelo ativismo judicial e pela judicialização e pela judicialização da vida.

Tratar o trabalho presente e o seu escopo, de forma simplória não parece o suficiente a perscrutar o problema, deste modo pontua-se a presença por dizer da contribuição filosófica de dois nomes: Martin Heidegger e Hans – Georg Gadamer.

³⁰⁰ A aproximação entre Heidegger e Wittgenstein é observada por muitos, e até indiretamente pelo próprio Gadamer, então enaltecida por Streck. (STRECK, Lenio. **Hermenêutica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 178/179).

³⁰¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 180.

³⁰² Idem; Ibidem.

³⁰³ Idem; Op. Cit. p. 185.

Falar de um e não falar do outro, mais que ressoar incompletude denota a não considerar pontos ou caminhos do mesmo desenvolver.

Martin Heidegger difundido por demais, por sua noção do “Dasein (ser ou pre-sença)” é um pensador que sem exageros lança o segmento da hermenêutica em novos horizontes.

Notoriamente aluno de Edmund Husserl e mestre de nomes como o próprio Gadamer e de Hannah Arendt. Heidegger é tratado por muitos como um filósofo de produções diferenciadas em duas ou três etapas de suas obras.

E não bastante por marcada influência de Kant, sobremaneira as anteriores a “ser e tempo”, que enfatiza por assim dizer proporciona uma reflexão diferenciada do até então.

Gadamer³⁰⁴ seu aluno e seguidor mais próximo exorta que Heidegger oferece uma nova experiência de linguagem da filosofia, algo que talvez se possa ser comparado com guardadas proporções a linguagem inovatória de Martinho Lutero, cuja a tradução, da bíblia emprestou ao alemão nova imediatidade.

Ato contínuo, Gadamer³⁰⁵ questiona que o tipo de experiência é essa que se abateu sobre a filosofia? E em seguida aproxima seu mestre, como já verificado aqui de Wittgenstein.

Outra percuciente elaboração da Gadamer³⁰⁶ acerca de Heidegger soa em síntese de quando acentuava:

“(...) Heidegger mostrou junto ao morar que a palavra não possui em torno de si um círculo daquilo que é familiar”.

Em termos, é marcante em Heidegger o seu método considerado fenomenológico e hermenêutico, de modo que os conceitos referenciados verificam a intenção de dirigir a atenção (circunvisão) para trazer à baila, ou melhor à luz daquilo que muitas vezes encontra-se obscuro.

Ou seja, há finalidade de que se busque o fenômeno e o modo como se manifesta.

³⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Vol. I – Heidegger em retrospectiva. Tradução. Marco Antônio Casanova. 2 ed. Petrópolis: Vozes. 2007. p. 25.

³⁰⁵ Idem; Ibidem.

³⁰⁶ Idem; op. cit. p. 45.

Observação nesse sentido e a considerar a linguagem, arremata Gadamer³⁰⁷ sobre Heidegger: “O mistério da linguagem é a sua abertura. Qualquer um é capaz de encontrar a palavra correta para situações nunca calculáveis e para instantes imprevisíveis. Para tornar isso claro, procurei me articular com a tradição cristã do conceito de ‘verbum’, cuja força venturosa também não se torna totalmente desconhecida em âmbitos secularizados”.

Streck³⁰⁸ sintetiza que com Heidegger a hermenêutica deixa de ser normativa e passa ser filosófica, para qual a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), em que o *DA* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas sim o próprio ser.

Continua Streck³⁰⁹ sobre Heidegger, que este situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser, que é o homem (*DASEIN*) o estar-aí que é o ser-no-mundo que é cuidado (*sorge*); cuidado em noção temporal (*Zeitlich*)”.

Renovando o já arredado, e como é de notório de muitos foi o aprofundamento em Heidegger com os gregos filósofos que, por vez proporcionou ao mesmo fundamento da noção de “fenômeno” que é entendido como o que se revela, o que se mostra em si mesmo³¹⁰. Os fenômenos constituem, pois a totalidade do que está a luz do dia ou se pode por a luz, diz Heidegger³¹¹.

E é justamente nesta pontuação, além é claro do sentido da linguagem utilizada que se faz o aporte com o presente no sentido como se disse ou se diz dos “fenômenos” do ativismo judicial e da judicialização da vida.

Considerando em tempo, os desdobramentos que as ideias em Heidegger produziram, se enfatiza a ultrapassagem do modelo cartesiano de mundo, vez que esse foi um questionamento explícito do mesmo³¹².

³⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Vol. I – Heidegger em retrospectiva. Tradução. Marco Antônio Casanova. 2 ed. Petrópolis: Vozes. 2007. p.45.

³⁰⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p. 190.

³⁰⁹ Idem; Ibidem.

³¹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Tradução: Márcia de Sá Cavalcanti. 8 ed. Petrópolis: vozes. 1999. p. 58.

³¹¹ Idem; Ibidem.

³¹² GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 103-104.

Posteriormente, e conforme já delineado as profusões em Heidegger ganharam continuidade em seu discípulo Gadamer, que nascido em 1900, aos 60 (sessenta) anos, portanto em 1960, dá azo a obra edificante da hermenêutica até hoje intitulada: verdade e método em tradução do original “*Wahreit und Methode*”.

Em busca de uma universalidade para sua hermenêutica, Gadamer parte de premissas heideggerianas, donde a linguagem não consiste num terceiro elemento, a se colocar entre sujeito e objeto. Ao contrário enfoca a linguagem a se configurar numa totalidade no interior da qual se localiza e age, de modo que tal só é possível pela via da interpretação.

Abrindo espaço não apenas a um desdobramento, mas não ao novo a hermenêutica em Gadamer é pontuada a expressivamente pela idéia de pré-compreensão.

E em sentido mais próximo, é difundido que através de Gadamer a idéia de pré-compreensão ou pré-juízo atrela-se ao entendimento de que compreender um texto é sempre um projeto. Prevalecendo desde o início a ideia de um todo.

Enfeixando com o contexto ora laborado, Galindo³¹³ entoa que para Gadamer a consideração de tal pré-compreensão não significa colocar as opiniões prévias pessoais de forma arbitrária, e sim pensá-las no contexto da compreensão com abertura para a opinião dos outros.

Ernildo Stein³¹⁴ pondera que em momento algum que na obra de Heidegger é adjetivada como filosófica, e que portanto quando Gadamer passa a expressar hermenêutica filosófica³¹⁵ (destaque) realizou uma mudança na compreensão da hermenêutica, que produziria um cenário muito diferente do antes vislumbrado em Heidegger.

O próprio Gadamer³¹⁶ explica que o “compreender” não enseja um ideal resignado de experiência de vida humana na idade avançada do espírito como em

³¹³ GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p. 105.

³¹⁴ STEIN, Ernildo. **Gadamer e a Consumação da Hermenêutica e Epistemologia**. 50 anos de verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2011. p. 11/12.

³¹⁵ Idem; Op. cit. p. 355.

³¹⁶ GADAMER, Haus-Georg.. **verdade e método I**. Thagos fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 6 Ed. Petrópolis: Vozes. p. 354

Dilthey, e tampouco como em Husserl consiste num ideal metodológico último da filosofia frente a ingenuidade do ir vivendo.

Interceptando valorosamente Gadamer vaticinou³¹⁷: “Nós, ao contrário, uma vez tendo liberado a ciência das inibições ontológicas do conceito de objetividade, buscamos compreender como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão”.

E complementa Gadamer³¹⁸ com serenidade:

A auto compreensão tradicional da hermenêutica repousava seu caráter de ser uma disciplina técnica. Isso vale inclusive para a ampliação diltheyana da hermenêutica à dimensão de *organon*. Das ciências do espírito pode até parecer duvidoso que exista uma tal disciplina técnica da compreensão (...).

De todo modo acentua Gadamer³¹⁹ a necessidade, por dizer constante em corrigir a autocompreensão que se exerce na compreensão e mais adiante chamar atenção da pré-compreensão equivocada na arte de interpretar quando literalmente enaltece próximo ao a pouco contextualizado: “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis e voltar seu olhar para as ‘as coisas elas mesmas’ (que para os filósofos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas).

Enfim a proposição presente guarda, como se demonstrou, em preservar estreiteza do ora explanado não apenas como subsídio teórico para a nova hermenêutica constitucional em especial o método concretista. Mas sobremaneira vislumbra noções, como a de compreensão, pré compreensão, interpretação ou até de círculo hermenêutico. Abrem como destaca Ernildo Stein³²⁰ novo espaço na filosofia para aproximações, tudo sem olvidar ponto a ser esclarecido e atrelado da “fenomenologia” para com o presente.

³¹⁷ GADAMER, Hans-Georg.. **verdade e método I**. Thagos fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 6 Ed. Petrópolis: Vozes. p. 354

³¹⁸ Idem, ibidem..

³¹⁹ Idem; Op. cit. p. 355.

³²⁰ Ernildo Stein ao encontro da proposta nesta elenca noções e aspectos importantes da hermenêutica em Heidegger e Gadamer e o propósito desta. (STEIN, Ernildo. **Gadamer e a Consumação da Hermenêutica e Epistemologia**. 50 anos de verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2011. p.10.)

4.1.2 O Contributo do Método Concretista Como Um Meio.

Em verdade a análise de encontro à pretensão presente, devidamente articulada no item 4.1.1 acerca do contributo da Hermenêutica Filosofia, como bem se disse possui por objetivo consubstanciar à presente.

A obra mais que referenciada de Bruno Galindo toma essa postura, que ora é seguida e adotada, sendo que a mudança de paradigma ofertada pela guinada linguísticas como entende o autor elencado influencia e contribui para a hermenêutica jurídica e por si reflexo, entende-se aqui a nova hermenêutica constitucional.

Não bastando só isso, Galindo³²¹ ainda enuncia que, também os alicerces em Gadamer de influência heideggariana subsidia o método concretista de passo em Friedrich Müller.

Evidente que no presente poder-se-ia aprofundar ou tratar da tópica jurídica em Theodor Viehweg, ou na “Constituição aberta” de Häberle, mais próxima ao contexto presente, contudo o método concretizador ate por afinidades já expostas parece melhor eleito como caminho.

Neste contexto, o que se almeja á ressoar que a concretização das normas, em especial os Princípios³²² (por sua natureza), de tal modo que sejam alcançadas por um fim ultimo, num cenário a “aparecerem”³²³ os fenômenos da Judicialização da vida e o ativismo judicial.

³²¹ Galindo enuncia que para a compreensão adequada da nova hermenêutica jurídica, principalmente de Friedrich Muller, depende em grande parte, das bases estabelecidas pela hermenêutica filosófica de Gadamer e arremata que a denominada “Guinada Linguística” estabelece uma mudança paradigmática da filosofia, o que contribui para a mudança de paradigmas na hermenêutica jurídica. (GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p. 109).

³²² Sobre os princípios há que se considerar como o fez com cuidado Francisco Fernandes de Araújo com base em autores de Araújo com base em autores como Canotilho, Willis. S. Guerra Filho, Dworkin entre outros, onde diz que os princípios são marcados: pelo grau de abstração dos mesmos, de determinabilidade, caráter de fundamentalidade, proximidade da idéia de direito e natureza normogênica. (ARAÚJO, Francisco Fernandes. **Princípio da proporcionalidade**. Significado e aplicação prática. Campinas: Copola. 2002. p. 11/12.)

³²³ Heidegger ao tratar da expressão “fenômeno” sua origem grega, trata que chamar de “aparecer, parecer e aparência” revelam ênfase do primeiro um significado próximo de realçar a “aparência” mas ressalta que não deve observar a realidade como se dá apresenta. Mas deve-se exercer uma compreensão do fenômeno como se mostra e como aparece, trabalhando os dois aspectos do mesmo. (HEIDEGGER, Martin. **Parte I**. Tradução: Márcia de Sá Cavalcanti. Ser e tempo. Parte I. 8 ed. Petrópolis: vozes. 1999. p. 58.).

Posto assim, a expressão concretizar como meio, subentende-se como mecanismo hermenêutico utilizado para se alcançarem um fim.

Outrossim, Konrad Hesse³²⁴ a partir de Lassalle, parte do pressuposto de que a Constituição não seria só um pedaço de papel, pois possui de “*per si*” uma força normativa, ou seja uma força própria, motivadora e ordenada da vida do Estado.

A Constituição real como alerta Hesse³²⁵, aproxima sentido com a constitucionalidade contemporânea, vez que mesmo autor, cingir-se-ia mais ao conceito quicá de Constituição formal.

Engendrado uma resposta, tendo como ponto de partida³²⁶ o condicionamento recíproco entre a denominada Constituição Jurídica e a realidade político-social Hesse balizou que devem ser considerados nesse contexto os limites e as possibilidades da atuação da Constituição Jurídica e que devem ser investigados os pressupostos da eficácia da Constituição.

Hesse³²⁷ em atenção a questão da eficácia, diz que a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar a pretensão da eficácia.

Com base em Wilhelm Humboldt, Hesse adianta que uma Constituição política deve se vincular a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de orientação jurídica cunhada também pelos parâmetros racionais.

Sobressalta, na concretização em Konrad Hesse, Professor da Universidade de Freiburg que a obra em voga, exsurgiu despretensiosamente como base da aula inaugural em 1959, Tornando-se marcante para o tema³²⁸.

Contextualizado assim, a força vital e a eficácia da Constituição residem pois na sua vinculação às forças espontâneas e as tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. Realça

³²⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1991. p. 9.

³²⁵ É pontuado por Hesse que a Constituição Jurídica como clara a Constituição formal deva se aproximar da realidade Político-Social. (Idem. Op. cit. p. 13).

³²⁶ Idem; Ibidem.

³²⁷ Idem; Op. cit. p. 16

³²⁸ Gilmar Ferreira Mendes, responsável pela tradução da obra em foco enuncia que a mesma como tantas, foi fruto de um exposição de aula inaugural na Universidade de Freiburg. 1959. (Idem. Op. cit. p. 5/6.).

Hesse que a constituição converte-se assim na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Mas os desafios da Constituição escrita face de desafios da realidade, parecem tecer linhas proféticas no próprio Konrad Hesse que elucida³²⁹: “Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma realidade. A Constituição Jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle beschaffenheit gegenwart).

Noutro ponto, ao tratar do método concretista em Friedirich Muller, Professor da Universidade de Heidelberg percebe-se como por demais difundido que metódica em apreço guarda inspiração na tópica de Viehweg.

Todavia guardando respeito a tópica motivos delineados ou até a corrente científico-espiritualista de fundamentos realistas em Rudolf Smend a abordagem ressalta ora o método concretista, por aproximar-se a um caminho mais harmônico com o fenômeno ora estudado.

Sem olvidar o já verificado, Galindo³³⁰ ressoa por afinidades até telúricas o estreitamento da metódica de Muller em Heidegger e Gadamer.

Insurge-se Galindo³³¹ quanto a uma tratamento da concretização Constitucional, que sem mencionar Muller seria inaceitável, vez que no mesmo se encontra um dos maiores contributos para uma hermenêutica pós-positivista voltada para a concretização da Constituição no plano da eficácia.

Interessante, pois no próprio Muller³³², é de observar que os referidos “métodos de interpretação” devem se complementar e apreender em conjunto a vontade do legislador, visto que considerando sua interpretação literal, ou sistemática, ou em conservar sua finalidade, ou em observância do aspecto histórico, por todo modo deve congruência entre os mesmo, na busca do sentido almejado.

³²⁹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1991, p. 19.

³³⁰ GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p.148/149

³³¹ Idem; Op. cit. p. 143/144.

³³² MULLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad. 2000. p. 27

Guardando estreiteza com a linha ou segmento ora adotado, e mais considerando as noções heideggerianas e gadamerianas ressaltadas entoa Muller ³³³ sobre sua noção de hermenêutica: “Como designação global sistematicamente reflexionante dos modos de trabalho do direito (Constitucional), a “Metódica” no sentido aqui usado é o conceito abrangente de “hermenêutica”, Interpretação” “métodos de interpretação” (*Auslegung*) e metodologia (Methodenlehre).

Hermenêutica não refere aqui a tradicional doutrina da técnica retórica, na sua aplicação, mas as condições de princípio da concretização jurídica normativamente vinculada do direito”.

E continua Müller³³⁴ sobre o método: “Metodologia” significa no sentido tradicional a totalidade das regras técnicas da interpretação no trato com as jurídicas, como e.g. a interpretação gramatical ou sistemática, o procedimento analógico e regras similares.

Mas lapidar mesmo, parece a consideração de Müller³³⁵ acerca da concretização que guardadas as proporções e diferenças, não seria equivocado verificar alguma proximidade em Hesse:

“A concretização pratica da norma é mais do que a interpretação do texto. Assim a “metódica” no sentido aqui apresentado abrange em princípio todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e realização do direito, mesmo a medida que elas transcender como a análise dos âmbitos das normas, com o papel dos argumentos da teoria do estado, teoria do direito a teoria constitucional, como conteúdos dogmáticos, elementos de técnica de solução e elementos de política jurídica, bem como constitucional os métodos de interpretação (*Auslegung*) ou interpretação (*Interpretation*) no sentido tradicionalmente restringido”.

Por vez, João Mauricio Adeodato³³⁶ sintetiza que Müller possui um papel importante na crítica a teoria de interpretação dominante, posto que põe numa perspectiva hermenêutica mais realista, evitando concepções mais simplistas que buscam observa o sentido e o alcance da forma diante do caso.

³³³ MULLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad. 2000. p. 22.

³³⁴ Idem; Ibidem.

³³⁵ Idem; Ibidem.

³³⁶ ADEODATO, João Mauricio. **Ética e Retórica: Para uma teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2002. p.251

Aliás acentue-se que Müller³³⁷ em mais recente manifestação, ressaltou de que a metódica, mesmo numa releitura, indaga-se sempre de que formais ainda pode se aproximar da realidade. E assim finaliza que o caso jurídico concreto é tão importante, e tão co-fundador da norma jurídica, como a prática é da teoria.

Portanto, segue que a hermenêutica concretizadora, a ver qual das vertentes pretende seguir, busca por mais consoante o prisma real acerca das normas por vez de sentido mais aberto, o que será de grande importância a problematização presente.

Deste modo, Adeodato³³⁸ resalta como de grande efetividade ao contexto abarcado³³⁹:

A interpretação, para Müller um conceito mais restrito, constituída pelas possibilidades de trato Jurídico, inclusive filológico, com os textos, ou seja, reduz-se a uma **interpretação de textos normativos**. Mas, como a norma Jurídica é mais de que o texto a concretização vai muito além da interpretação. Os pontos de vista interpretativos comuns (gramáticos, sistemáticos, genéticos), primariamente fundamentos na linguagem, fornecem os “dados linguísticos” (*Sprachdaten*), os elementos sociais, que não são primariamente formados pela linguagem, embora sejam secundária mas necessariamente intermediados por ela, fornecem os dados reais (*Realdaten*) da concretização, os quais constituição sucessivamente os elementos do âmbito do caso da norma.

Em linha similar a expressar a similitude de opinião a fomentar o debate presente metida com pertinência sobre o método de Müller o professor da UFC Paulo Bonavides³⁴⁰:

A interpretação em Muller, por tanto quanto nos demais concretistas (Konrad Hesse e Ehmke, por exemplo), se qualifica como concretização e a concretização, vice-versa, como interpretação. Mas interpretação de quê? Da norma. Que é porém norma? Aqui está o cerne da originalidade contida na posição desse jurista quando responde a tal indagação, conforme intentaremos expor.

Compreende ele a norma jurídica como alvo mais que o texto da regra normativa. De sorte que a interpretação do texto, ao contrário portanto do que hermenêuticos tradicionais no campo jurídico.

³³⁷ MÜLLER, Friedrich. **O novo Paradigma da teoria e da metódica do Direito**. Tradução: João Maurício Adeodato. Recife: Revista de Esmape. Vol. 14. Nº 29. Jan/jun. 2009. p. 193.

³³⁸ ADEODATO, João Maurício. **Para uma teoria da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 240/241.

³³⁹ Idem; Ibidem.

³⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 499.

A concretização possui assim, um raio de abrangência, muito mais largo e a respectiva 'metódica', na linguagem do autor, abraça todos os meios de trabalho mediante os quais se chega a concretizar a norma e a realizar o direito.

Por evento falar da concretização constitucional como método, a independer das nuances em Konrad Hesse ou Friedirich Müller Implica sempre não apenas um viés, mas um meio ou caminho na construção de novos paradigmas almejados tanto pelos fenômenos em lume.

4.2 Superando o Problema da Súmula Vinculante

O Particular tema a ser tratado aqui, guardando elo com a problematização central, procura buscar o cerne do papel da Jurisdição Constitucional pátria a partir do implemento do art. 103-A da CR a partir da emenda constitucional Nº 45 de 8 de dezembro de 2004.

É notório pois, que a emenda em voga atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de emitir Súmulas Vinculantes para todos os órgãos do poder Judiciário.

Aqui como já explanado, aplicação direta da Constituição ou dependendo do controle de constitucionalidade adotado, há pois características do ativismo judicial ou da judicialização da vida.

Entrementes, em vista de uma postura proativa ou de provocação a demandas mais complexas, parece tudo impedir a "criatividade do juiz" quando do surgimento e adoção da Sumula Vinculante no Brasil.

O problema é de grande dificuldade, para deslinde pois como se disse amiúde nesta "os novos caminhos hermenêuticos palmilhados pelo "Novo Judiciário" ao invés de maior grado encontram aparente ao menos retenção com a presença implantada da súmula vinculante.

Há mesmo àqueles que advogam a ideia de que o Supremo Tribunal Federal ao editar súmula vinculante com carácter de meta-norma geral e abstrata

usurpa competência reservada ao legislador democrático (Art. 5º II CF).³⁴¹ ao tempo igual em que elimina direito liberdade, entendido como autonomia, assegurado pelo mesmo dispositivo em lume.

Assim crítica frontalmente José Albuquerque Rocha³⁴² o desrespeito via emenda 45/04 em face da competência extirpada da cláusula pétrea sedimentada através do art. 60 único Inc.I a IV da CR.

Em outras palavras induz mesmo por tal defesa a questionar a Constitucionalidade Material.

Aliás o autor ora estudo em obra de envergadura respeitável, analisa a súmula vinculante como fenômeno e instituto de Jurisdição Constitucional em face do Princípio Democrático.

Em tal esmeril, Albuquerque Rocha³⁴³ reitera que o Princípio Democrático, em outras palavras (revisitando noções de Supremacia) incide num Princípio Político, portanto externo ao ordenamento Jurídico.

Como o trabalho de Albuquerque Rocha³⁴⁴ é de espectro por dizer escanfândrico acerca do tema abordado, antes mesmo de adentar a possibilidade de conceito o autor aborda os níveis linguísticos das situações jurídicas³⁴⁵.

Por evento ao sintetizar o problema Albuquerque Rocha³⁴⁶ define, e fala-se de definição textual da Lei Maior (ART.103-A da CF/88) donde a Súmula Vinculante encontra sua manifestação de vontade ou de tomada de posição sobre controvérsia a respeito da validade, interpretação e eficiência de normas determinadas.

Evidente, que transtorno parece causar no presente, por realidade paradoxal aos “novos paradigmas hermenêuticos” tal postura de contenção e a em grande escala cingir o papel de Jurisdição Constitucional.

³⁴¹ Pontuação feita pelo Prof. da Unifor e ex. Professor da UFC José Albuquerque Rocha em trabalho específico sobre o tema. (ROCHA, José Albuquerque. Sumula Vinculante e democrática. São Paulo: ATLAS. 2009. p.126)

³⁴² Idem: Ibidem.

³⁴³ Idem: Ibidem.

³⁴⁴ Sobre a linguagem utilizada nos fenômenos Jurídicos em geral o autor refere-se às funções descritivas, expressiva e comunicativa. Pontuar enfim a Sumula Vinculante Consoante ART.103-A da constituição trata-se de uma de vontade com um discurso tipo prescritivo.(Idem; Op. cit. p.7/11).

³⁴⁵ Fala-se definição ao invés de concentração, por advir a mesma da letra da Lei no caso Art. 103-A da CB (Idem; Op. cit. p.10).

³⁴⁶ Idem; Op. cit. p.11.

A contradição presente se espraia, a mais como se articulou até mesmo a discussão da sua Constitucionalidade e harmonia com os direitos fundamentais e os “Standards” que se coadunam por assim dizer com a postura ativista dos juízes.

O problema da súmula vinculante em face da “Separação de Poderes” é ultrapassado por vez por posição como a de Rodolfo Mancuso³⁴⁷ para quem o instituto em apreço não corrói tal preceito. Pois Mancuso citado por Tavares alerta³⁴⁸ que a separação de poderes não é mais rígida como outrora, ocorrendo evidente complementariedade na atuação deles, devendo todos se irmanar na persecução do bem comum e que súmula vinculante foi inserida por Emenda Constitucional e, portanto, não agrediria, senão se acomoda à Constituição devendo ser aplicada a todos de modo impositivo, geral, impessoal abstrato.

Outro aspecto a ser abordado de linha acerca do problema da independência do Juiz em face da súmula vinculante.

Em termos mais que explícito André Ramos Tavares³⁴⁹, chega a reportar-se a mesma como uma camisa de força para as instâncias inferiores a para a função primordial do Judiciário.

Ato continuo esclarece sobre a independência a liberdade da magistratura que respeito da Sumula Vinculante a que se ponderar que³⁵⁰ (i) ao Magistrado Sempre restará avaliar se aplica ou não uma dada sumula a um determinado caso concreto (operação de variação), oque é amplamente reconhecido nos “Precedents” do direito Norte – Americano; (i i) também a própria Sumula é possível de sofrer uma interpretação, porque vertida em linguagem, tal qual as leis em geral.

A importação do modelo em epigrafe gera consequências árduas a ponto, mesmo de Albuquerque Rocha³⁵¹ insere que modelo da sumula vinculante converte o sistema brasileiro no mais violento do mundo ocidental, pois o mesmo no sistema “Common Law”, próprio do predente obrigatório, o juiz pode deixar de aplica-lo, se julgar incabível ao caso, desde que fundamente a decisão.

³⁴⁷ TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88**. (Des) estruturando o Judiciário. Comentários Completos À Emenda Constitucional N. 45/04. São Paulo: Saraiva. 2005. p.114.

³⁴⁸ Idem; Ibidem.

³⁴⁹ ROCHA, José Albuquerque. **Súmula Vinculante e democrática**. São Paulo: ATLAS. 2009. p.127.

³⁵⁰ TAVARES, André Ramos. Op. cit. p.114

³⁵¹ Idem; Ibidem.

André Ramos Tavares adverte³⁵² que o modelo introduzido no Brasil se difere do clássico “*stare decisis*”, pois não incorpora os casos concretos que formaram a “base” para sua edição. E consoante o autor em comentário³⁵³ a vinculação apenas ao enunciado desta, os magistrados terão de proceder a uma operação mental de verificação do cabimento da Sumula ao concreto que tenham perante si, bem como das normas aplicáveis a ele.

No que tange a agnomida “amarração” relacionada por André Ramos Tavares³⁵⁴ sobre a Súmula Vinculante em detrimento do Judiciário, é para o mesmo vertida em comando escrito, limitada à medida que a própria Sumula será passível de interpretação, e assim não irá escapar de uma leitura “subjetiva” ou diversificada.

Em verdade o endurecimento, ocasionado pela Súmula Vinculante faz com que o ato Judicial em apreço normativo da função jurisdicional, que muito embora não apresente efeito “*erga omnes*” enseja por obrigatório não apenas no âmbito dos tribunais, mas também é oponível a administração pública como acentuou Mônica Sinfuentes.³⁵⁵

Elival da Silva Ramos³⁵⁶ baliza que a Sumula Vinculante exarada pelo STF esta condicionada à pressuposto formais³⁵⁷ (atuação de ofício ou por provocação de entidades, órgãos e autoridades competentes e voto favorável de dois terços dos Membros do Tribunal) e matérias (reiteração de decisões sobre a matéria Constitucional e existência de controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre estes e órgãos da administração pública §1º, do ART 103-A CF). Complementa o autor em tela que para a orientação sumulada³⁵⁸ deverá versar, obrigatoriamente sobre matéria constitucional compreendendo: A constitucionalidade (validade) de lei ou ato normativo de qualquer das entidades federadas, a interpretação de

³⁵² SINFUENTES, Mônica. **Sumula Vinculante**. Um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva. 2005. p.227.

³⁵³ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 131/132.

³⁵⁴ Idem; Ibidem.

³⁵⁵ Idem; Ibidem.

³⁵⁶ Álvaro R. de Souza Cruz pontua que é inconveniente a morosidade do STF, mas não se pode render a teses utilitaristas em nome da agilidade a tão só as mesmas defender a instituição da Sumula Vinculante. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Roy. 2004. p.410/411).

³⁵⁷ MAUÉS, Antônio Moreira. Sumula Vinculante e proteção dos Direitos Fundamentais. “In”: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, FRAGALE FILHO, Roberto, LOBÃO, Ronaldo (ORG). **Constituição e Ativismo**. Rio de Janeiro: Lumen. Juris. 2011, p.57

³⁵⁸ ROCHA, José Albuquerque. **Sumula Vinculante e democrática**. São Paulo: Atlas. 2009. p.138.

dispositivo legal (ou de ato normativo) em face da Constituição (interpretação conforme) ou de dispositivo de própria Constituição a vigência de Lei ou ato normativo de ato da Constituição (compatibilidade de direito pré-constitucional) ou a enfática de dispositivo da lei maior.

Em suma a problematização trazida à baila, nesta não se encerra em uma apenas crítica ou anotação similar subscrito por esse ou outro autor.

Na verdade, circunda-se de em muito como enfatizou Alvaro Souza Cruz o problema de que seria por contra tempo possível conviver com a moralidade, e a repetição de demandas no STF? A resposta do elencado estudioso indubitável é: não. A o mesmo tempo que reforça os riscos e a finalidade e uma fundamentação como a acima (de agilização processual) imbuir-se de carácter utilitarista.

Antônio Moreira Maués³⁵⁹, anota os riscos iminentes sobre maneira no referente à proteção dos direitos fundamentais, e pondera que a pretensão da mesma ser vá em antever os casos em que a lei, irá aplicar e nem atestar as eventuais situações inconstitucionais decorrentes de tal aplicação fundamentais.

Por fim observações perscrutadas por Albuquerque Rocha em suas conclusões evidenciam aspectos a superar a Sumula Vinculante como acesso lídimo e constitucional a um judiciário equilibrante proativo.

Que sejam, a considerar³⁶⁰primeiramente que a Súmula Vinculante pátria, é distinta da Jurisprudência por ser obrigatória, e que diferente também do precedente anglo-saxão, por eliminar a liberdade de interpretação do Juiz.

Por outro tempo, consoante já arredado antes no teor de sua obra, o reiterado estudioso vaticinou o elo indissociável que há de existir da Sumula Vinculante com o carácter democrático.

Que seja a mais do instituto em voga com o principio democrático³⁶¹, de modo a segundo o mesmo necessitar interação comunicativa com os Juízes, vez que esses estão mais próximos da realidade social.

³⁵⁹ROCHA, José Albuquerque. **Sumula Vinculante e democrática**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 130.

³⁶⁰Idem; Op. cit. p. 139/140

³⁶¹ Como se expõe na oportunidade presente a maioria dos autores colocam-se reticentes em opinar sobre aplicação da Sumula Vinculante. E mesmo Álvaro Ricardo de Souza Cruz Procurando uma proposta alternativa para que em situações Similares A Democracia brasileira (sobre a inovação do Art.21 da Lei nº 9868/99) fica entre a “cruz e a espada. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Roy. 2004. p.411).

Enfatizou o referido, em nota conclusiva, que a Súmula Vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico postergando também o princípio da proporcionalidade implícito na Constituição, uma vez que sacrifica por completo o princípio nuclear da democracia em benefício de outros princípios quando o mais correto seria buscar uma solução de equilíbrio entre os benefícios e os danos a o princípio democrático.

Consonante com todo mais ora desenvolvido nesta, é pontual afirmar que o princípio da proporcionalidade foi estudado como vetor hermenêutico caminho para concretização de direitos fundamentais, ou mesmo de direitos constitucionalizados.

Amparo de uma ponderação deva existir da duração razoável do processo (art. 5º, In LXXVIII da CB) com os parâmetros aludidos a fim de que o “Novo Judiciário” exerça seu papel Constitucional sem necessitar fincar-se entre riscos desnecessários a valores materialmente constitucionais.

4.3 A postura ativista e o confronto com os problemas sociais e políticos

Delineados os pontos de contato, as diferenciações e as conceituações em cerne do ativismo judicial e da judicialização da vida, chega-se ao confronto de tais “fenômenos” no enfrentamento de problemas de cunho social e político.

Dentro de tal conjuntura uma percepção a que não se pode é a de que a própria composição do poder judicial por natureza constitucional não se desvencilha do seu “tecido jurídico-político”.

O significado maior de tal observação constata-se por exemplo no questionamento engendrado por Paulo Bonavides³⁶² em face do texto do art. 1º da

³⁶² Como se expôs na oportunidade presente a maioria dos autores colocam-se reticentes em opinar sobre a favorável aplicação da súmula vinculante. E mesmo Álvaro Souza Cruz procurando uma proposta alternativa para o problema dos efeitos vinculantes arremata que em situações similares a Democracia brasileira (sobre a inovação do art. 21 da Lei nº 9868/99) fica entre a “Cruz e a caldeirinha” ou entre a cruz e a espada. (BONAVIDES, Paulo. O poder Judiciário e o parágrafo único do art.1º da Constituição do Brasil. “In”. GRAU, Eros Roberto; Cunha, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 66.)

Constituição do Brasil donde prevê: Todo³⁶³ poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O questionamento de Bonavides³⁶⁴, a que não se faz necessário concordar, reflete em seu posicionamento o “*status quo*” da constitucionalidade ante o andamento contido na reserva legal³⁶⁵.

Para tanto, dentro de uma hermenêutica mais vanguardista, entende o Professor da UFC que a preservação da “soberania popular” viria em complemento da realização do art. 14º da CF acerca do Sufrágio.

Sem dúvidas, é um opinamento respeitável o do mestre em enfoque, a que todavia nesta não é adotado a fim de perfilhar o caráter jurídico-político do Judiciário.

A questão de autoreferência de sistemas que no caso vem a refletir no sistemas sociais sendo para esta discussão, em particular em ter sistemas jurídico e político é ressaltada.

Deste modo, é notória a importância do estudo a partir do sociólogo alemão Niklas Luhmann que em termos transportou ou trasladou do estudo feito pelos cientistas da natureza chilenos varela e maturana, suas noções aos sistemas sociais.

Falar pois em autopoiese e alopoiese não significa apenas uma noção reluzante da autoreferência ou não dos sistemas, ao contrário enseja uma carga de complexidade que é insita as próprias relações “*intra*” ou “*extra*” sistemas sociais.

Luhmann³⁶⁶ cerca o ponto de partida do conceito de “antropoises” em que aquilo que se diz para as estruturas também vale para as operações. Que seja a questão das estruturas³⁶⁷ (auto estruturas) pode ser elucidada com maior clareza quando conceito de “autopoieses” se coloca nesse lugar de exposição.

³⁶³ BONAVIDES, Paulo. O poder Judiciário e o parágrafo único do art.1º da Constituição do Brasil. “In”. GRAU, Eros Roberto; Cunha, Sérgio Sérulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 67

³⁶⁴ Idem; Ibidem.

³⁶⁵ Idem; Ibidem, p. 68.

³⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3 ed. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser.. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 119.

³⁶⁷ Idem; Ibidem.

Enceta Luhmann³⁶⁸ que na definição de Maturana, “autopoieses” significa que um sistema só pode produzir operações na rede de suas próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações.

Em questionamento a expressão Luhmann verifica que Maturana checou a mesma quando trabalhando com estruturas circulares para explicar reprodução celular, muito embora não considerasse a mesma apropriada a palavra circular.

Continuando sua explicação trabalhando até mesmo sua especificidade etimológica em próprias palavras ressoa Luhmann³⁶⁹ “Em contrapartida, a ‘*poiesis*’ foi explicada como algo que se produz fora de si mesmo: faz-se isto ou aquilo, não para executar uma ação que tem sentido unicamente pelo fato de ser feita, mas porque se quer produzir algo”.

Com esses elementos, Maturana encontrou por si mesmo a ponte para a sua expressão, com o acréscimo da palavra ‘auto’, com isso, ele queria indicar que o conceito de ‘autopoiese’ se tratava de uma produção, de um efeito expressamente perseguido, e não de uma práxis.

Percebendo o sentido elaborativo das expressões ensaja-se que a autopoiese em razão de um sistema encontre o devido acoplamento e essa é uma simbologia que Luhmann³⁷⁰ não dispensa ao contrario explicita em face dos sistemas:

O acoplamento estrutural exclui, portanto, que dados existentes no meio possam definir, conforme as próprias estruturas, o que acontece no sistema. Maturana diria que o acoplamento estrutural se situa de modo ortogonal em relação à autodeterminação do sistema, ele não determina o que sucede no sistema, embora deva estar pressuposto, já que, do contrário, a autopoiesis se deteria e o sistema deixaria de existir.

A estrutura político-jurídica numa concepção constitucional, como dante exposta ajuda a compreender o porquê não se de gerar maiores surpresas quanto a judicialização da política ou politização da justiça.

³⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3 ed. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 121.

³⁶⁹ Idem; ibidem. p. 131.

³⁷⁰ Idem; ibidem.

Vez que a própria judicialização da vida em seu aspecto social não renuncia a caracteres próprios, do mesmo modo que alguém a exemplo mais elementar renunciasse ou negasse suas origens.

Questionamentos, como tais revelam a contemporaneidade da temática e mais, trazem à luz numa expressão heideggeriana que certas concepções exageradamente estritas só atrofiam o próprio Direito.

Tudo isto remonta crítica de Ovídio Baptista da Silva³⁷¹ quando no seu “processo ideológico” retrata uma entrevista em canal de televisão por assinatura, donde se questiona num programa com a presença de uma jurista e um economista acerca das “incertezas” motivadas pela politização do judiciário. Quando ato contínuo³⁷² o jurista disse textualmente³⁷³ “existe um conjunto de causas que, às vezes, são decidida pela posição política do juiz e não por respeito à lei. Isso para a economia, é o cães”.

São posicionamentos com a “devida vênia” a nacrônicos e não conduzentem nem mesmo com a hodierna acepção legal em tempos de uma hermenêutica mas aberta e em época da constitucionalização de direitos.

A nomenclatura “supra” adotada, bem poderia seguir a trilha em delinear o enfrentamento dos “Direitos Sociais”, visto que um dos lasthos ora utilizado é a obra do professor Andreas Krell, cujo o título marca o controle judicial dos mesmos.

Entretanto, o rigor com que devem ser tratadas certas questões numa formulação como a desta natureza, recomenda por cuidado não tratar assim, até porque poder-se-ia tratar de outras espécies de direitos fundamentais que rigorosamente não venham a constituir Direitos Sociais.

A complexidade de demandas e até iniciativas produtoras do órgãos judiciários marcam esse novo tempo donde o judiciário queda-se intronizado aguardando apenas que as demandas lhe sejam apresentadas e ao aguardo do

³⁷¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**. O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro. Forense: Rocha. 2004. p. 21.

³⁷² Idem; Ibidem.

³⁷³ Idem; Ibidem

“*jure novit cúria*” vislumbrar uma lógica e única “interpretação correta”, acerca da qual chama atenção inclusive Hans Kelsen³⁷⁴.

Ao tecer comentários sobre a evolução dos direitos fundamentais donde se desdobram os sociais, de valia a observação em Flávio Pansieri³⁷⁵ de que a evolução dos Direitos fundamentais demonstra a alteração da titularidade destes direitos.

Tratando da idéia de comunidade, Pansieri³⁷⁶ diz que a mesma tratando-se de uma idéia agora impressa, lembra exatamente a passagem dela pelo reconhecimento da liberdade como um valor social e da imposição ao poder público do dever de assegurar (além de respeitarem) efetivamente as condições de autonomia (soberania) individual.

Em tal particular, adianta Pansieri³⁷⁷ os direitos fundamentais passam a ter nova atribuição que seja o valor da solidariedade, que seja a responsabilidade comunitária dos indivíduos, descobrindo-se pois a dimensão participativa, inserindo-se o âmbito de direitos, as atuações individuais de caráter político, e acentua-se a dimensão social, ao ligar a garantia do gozo dos direitos por todos à necessidade de uma intervenção coletiva reguladora e prestadora que crie as condições gerais do exercício efetivo.

Em seguida comenta Krell³⁷⁸ sobre Tércio Ferraz Jr:

Para o autor, a referida ‘desneutralização’ do terceiro poder significa que o juiz sócio-terapêutica, liberando-se do apertado condicionamento e das responsabilidades exclusivamente respectivas que ela impõe obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio

³⁷⁴ Em atenção advertiu literalmente Hans Kelsen: “A interpretação jurídico-científica tende evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correta (...)

Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica de Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente o possível do ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 396).

³⁷⁵ PANSIERI, Flávio. Direitos Fundamentais como categoria Jurídica e sua multifuncionalidade. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALI FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e Ativismo Judicial**. Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011, p. 91.

³⁷⁶ Idem; ibidem.

³⁷⁷ Idem; ibidem.

³⁷⁸ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (Des) Caminhos de um direito constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores. 2002. p.94.

da legalidade (dura/ex sed LG(...)) a responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades aos demais poderes pelas exigências do estado.

E arremata o professor em alusão³⁷⁹:

Em outras palavras: não se atribui ao poder jurídico o poder de criar políticas públicas, mas tão-só de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias. As sentenças obtidas podem constituir importantes veículos para canalizar em direção aos poderes políticos as necessidades da agenda pública através de uma 'semática' dos direitos sociais, e não meramente através das atividades de Lobby ou demandas político-partidárias.

A contextualizam o arremato Krell³⁸⁰ reforça que em sistemas jurídicos centrais como na Alemanha, onde há um alto padrão de desenvolvimento humano e nível elevado de satisfação em face dos serviços sociais básicos é comumente recusado o papel do poder jurídico como "arquiteto da ordem social".

O problema atual é de que com o devido respeito a posição capitania acima, países periféricos³⁸¹ como ao abarca o Brasil, marcam fortemente alguns avanços na seara social a partir da auto afirmação de sua constitucionalidade que via instrumentos hábeis repercutem em uma nova ordem.

A exemplo da metáfora já utilizada nesta³⁸² ao acordar vinte (20) anos depois, ou até menos em dez (10) anos de sono qualquer cidadão alcançaria as mudanças irradiadas da "força normativa da constituição" numa expressão à Hesse.

Patente é que falar de direitos fundamentais, sua concretização constitucional, princípios de ponderação entre outros fenômenos deixou na "práxis" jurídica de ocasionar surpresas ou celomas a o passo que torna-se uma realidade palpável. E repercutida d a vida de todos.

O Código de Defesa do Consumidor de defesa do consumidor, os danos morais em profusão, enfim toda escolha eleita pelo legislador constituinte na ordem dos direitos fundamentais ganhou vazão no seio da coletividade brasileira.

E neste diapasão, o jurídico tornou-se uma referência e não apenas um poder "formal" na esfera pública a ser buscado não apenas com maior constância,

³⁷⁹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (Des) Caminhos de um direito constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Fabris Editores. 2002. p.95

³⁸⁰ Idem; Ibidem.

³⁸¹ Idem; Ibidem.

³⁸² Idem; Ibidem.

como também de modo a exigir-lhe sem “timidez” pelo cidadão demandas de maior complexidade.

Falar pois dos problemas sociais enseja também falar numa área donde no direito brasileiro tem havido uma profusão contanto do ativismo judicial, que veja o direito à saúde.

E nisto tem havido elo, o tem se detectado vínculo entre a política e as políticas públicas.

O vínculo indissociável entre “política” e “políticas públicas” é enaltecido na obra de Fabricio Juliano Mendes Medeiros que averte na mesma utilizar o termo “política” para designar varias atividades desenvolvidas na arena de discussões para a conquista a manutenção do poder segundo se pretende fazer na sociedade.

Noutro ponto da temática política pública, afirma Fabricio Medeiros³⁸³, está em certa medida ligada à discricionariedade do administrador público, já que como dito é por meio dela que são sopesados os interesses em colisão.

Por efeito localiza o mesmo que tais políticas públicas obedece a um ciclo deliberativo, a um “processo” dinâmico e constante de aprendizado composto por varias etapas que se relacionam mutuamente.

Sem olvidar o oportunamente o registrado ao começo desta, a pontuação de tratar problemas sociais e não os direitos sociais, segue em tese um cuidado extremo mas que bem dispensar-se-ia no caso qualquer controvérsia no caso dos direitos explicitados no rol do art. 6º da Carta Fundamental.

Quando a discussão acerca da topogografia da saúde como direito fundamental social ou não posto a sua dimensão.

Todavia sem erro de pisar em falso, poder-se-ia afirmar que queda-se o direito À Saúde e sua ampla cobertura entre a segunda e terceira geração.

E com maior segurança a falar em segunda geração a assegurar a todos direito igualitário de acesso.

³⁸³ MEDEIROS, Fabricio Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito A Saúde**. Belo Horizonte: editora Ferum. 2011. p. 17.

Em tal coesão vale mais o exemplo vivo da atuação do “Novo Judiciário” a decidir, como em seguida a decisão do Ministro Luiz Fux quando ainda incorporava o Superior Tribunal de Justiça “*In verbis*”³⁸⁴.

Medicamentos. Fornecimento. SUS.

Cuida-se de saber se pessoa portadora de doença crônica tem direito líquido e certo a obter do Estado, gratuitamente, medicamentos de alto custo, quando não atende requisitos previstos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde. No caso, a paciente impetrou, na origem, mandado de segurança com pedido de liminar, objetivando o fornecimento de medicamentos (Interferon Peguilado e Ribavirina) para o tratamento da doença hepatite crônica do tipo C da qual é portador, sendo denegada a segurança, entre outros motivos, por ser portador do vírus com genótipo 3^a, quando a Portaria n. 863/2002 do Ministério da Saúde restringe o fornecimento do medicamento apenas a portadores de vírus com genótipo 1, gerando o presente recurso interposto pelo *Parquet* estadual. E cediço que o mandado de segurança, representando instrumento processual de tutela de direito subjetivo público constitucional, goza de eminência ímpar, em que é possível a cognição profunda no mandamus. *In casu*, foi demonstrado o direito líquido e certo na via mandamental, pois o impetrante comprovou que sofre da enfermidade apontada mediante laudos e exames médicos realizados tanto em laboratório central do Estado como em laboratórios particulares. Também é consabido que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da CF/1988). Porém, conforme destacou o Min. Relator, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais para os setoriais, merecendo destaque a proteção à dignidade humana, valor influente sobre todas as demais questões. Assim, o Estado deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. Dessarte, entendeu o Min. Relator que, nas situações limítrofes em que há risco para a saúde humana e urna alegada ineficiência do medicamento, como na hipótese, a resposta judicial não pode deixar a vida humana ao desabrigo, deve propender para a valorização da dignidade da vida humana. Muito embora sejam genótipos diferentes de hepatite e haja dúvida quanto sua eficácia, a solução deve ser pró-cidadão, há de superar quaisquer barreiras legais. No mesmo sentido, o parecer ministerial ressaltou que, embora a Portaria n. 863/2002 do Ministério da Saúde trace critérios objetivos para o fornecimento gratuito de medicamentos, não pode ela se sobrepor ao direito constitucional à saúde, sendo suficientes a comprovação de hipossuficiência e os laudos médicos indicando a urgência do tratamento. Já o Min. Hamilton Carvalhido observou que a ação do Judiciário mostra-se como um componente do Estado democrático de direito, não podendo ficar inerte diante de fatos de interesse geral, principalmente daqueles que tocam aos direitos fundamentais. Com essas considerações, entre outras, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso para conceder a segurança. Precedente citado do STF: AgRg na STA 175-CE, DJe 30/4/2010. RMS 24.197-PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 4/5/2010. (Informativo 433 - 1.º Turma).

³⁸⁴ Retirada jurisprudência do Repertório de Decisões Publicadas e compiladas em Obra. (FAGA, Tania Regina Thomбини (Org). **Julgamentos e súmulas do STF e do STJ**. Método: São Paulo. 2011, p. 469/470.

Alerta-se sobre o julgado acima que houve impetração de Mandado de Segurança onde o STF reconhece o direito líquido e certo ao fornecimento de medicamentos, condenando por conseguinte a segurança.

Por evento e oportunamente falar do entrelaçamento necessário judiciário e política como se adiantou, lá que se observa não mais apenas a reinterpretação dos preconceitos em Montesquieu, como indo além não olvidar o acoplamento sistemático reverencia do aqui em Niklas Luhmann.

A Wikipédia³⁸⁵ conceitua a “Judicialização da Política” como caracteriza pelo exercício por parte do judiciário das funções típicas dos outros poderes eais que possuindo raízes na CF/88. E que segue a mesma em elaborada conceituação: “ademais, nosso judiciário se vê na obrigação de implementar o ordenamento jurídico infra-constitucional em conformidade com a constituição. Tal atitude faz com que se encontre constantemente na iminência de judiciar por intermédio de judiciar por intermédio de princípios; o que termina por lhe imprimir postura ativa e deveras criadora”.

Dirley da Cunha Junior³⁸⁶ apresenta configuração que remonta acontecimentos políticos mundiais importantes, mas enfatiza a partir do novo estado de bem-estado³⁸⁷ social uma nova *leitura* sobre o vetusto dogma da separação de poderes, a fim de que possibilite o atendimento das reivindicações da sociedade contemporânea a fim de garantir os direitos fundamentais contra o arbitro e hoje também ante a omissão estatal.

Em assertiva na qual foi feliz considera o professor baiano:

Nesse contexto o papel do poder judiciário assume um caráter demasiadamente política. Na hipótese do controle de constitucionalidade fazem dele um **legislador negativo**, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a torna-se um legislador ativo (...) por isso, a constituição **justicializa o fenômeno político**. Mas isto não se faz sem **politização da justiça**”.

³⁸⁵ WILKIPEDIA. Enciclopédia on-line. **Judicialização da política**. Acesso em: 24 fev., 2013.

³⁸⁶ CUNHA júnior, Dirley da. A judicialização da política a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. Teses da Faculdade Baiana de Direito Volume 2. 2010. P. 20.

³⁸⁷ Dirley da Cunha Junior foca no comentário posto base do mesmo em Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Jorge Hage. (Idem; Ibidem).

Em seguida Cunha Junior³⁸⁸ pautado em advento históricos como os da constituição do México (1817) e da Alemanha (1919), quando em eventos detecta a judicialização' da política de acordo com as diretrizes do mesmo.

Por sequência, após trabalham noções em Cappelletti, Cunha Junior densifica seu pensar³⁸⁹:

Essa politização do juiz é o resultado de sua alta independência criativade. Juiz politizado, porem, não significa juiz parcial, apartado da lei e substituto da politica. O juiz-politico continua imparcial e não concede as pressões de grupos e partidos; continua limitado e vinculado á constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressas numa sociedade complexa um momento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional, e continua enfim, a cumprir a sua precisa função constitucional”.

Em contexto similar Bruce Ackerman³⁹⁰ manifesta que as “posturas ativista do judiciário” por assim dizer colaboram, em termos de decisões de cunho politico- constitucional constroem ou ajudam de alguma forma a eleger uma agenda de politicas ao que se pode entender politicas publicas) nos Estados Unidos.

Sobre o posicionamento arredo claro é que não possa que dias atuais deixar de que a postura ativista possa harir uma “Ditadura Judicial”.

Pois é razoável amparar que se existe uma constituição Democrática que funda o poder judiciário num contexto principio-logico, como “verbigratica” a brasileira vigente seria inóspito em pensar em tal enredo final.

Ao contrario, procurando aclamar Luís Roberto Barroso³⁹¹ diferencia criticamente: “direito não é politica. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém”³⁹².

Por ultimo finaliza sua abordagem a cerca dos riscos da politização de justiça Barroso³⁹³ considerando com sagacidade balizamentos constitucionais a que cabe reavivar o juiz, sendo eles: “(i) só que deve agir em nome da constituição e das

³⁸⁸Dirley da Cunha Junior após observa considerações em Cappelletti sua obra “juízes Legisladores” passa emitir sua feliz consideração.

³⁸⁹ Idem; ibidem.

³⁹⁰ ACKERMAN, Bruce. **We The people**. V. 1. Foundation. Cambridge: Harvard University. 1993, p. 131/132.

³⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 284/285

³⁹² Idem; ibidem, p.286

³⁹³ Idem; ibidem,

leis, e não por vontade política própria; (i i) deve ser diferente para com decisões razoáveis tomadas pelo legislados, respeitando a presunção de validade das leis; (i i) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra majoritário”.

De modo mais que passivo é o fechamento de Luís Roberto Barroso, pois muitos autores e o próprio Bobbio³⁹⁴ ao abordar uma nova era para os direitos (com foco no avanço dos direitos fundamentais) chama a atenção de que “povo” é um conceito ambíguo, do qual se serviram todas as ditaduras modernas.

Em suma sua obra intitulada “a era os direitos” poderia sugerir parafraseá-lo a testemunhar que neste novo mundo contemporâneo onde “pós-modernidade” ainda suscita um conceito provisório e onde o parafraseado Zygmunt Bauman³⁹⁵ há uma “liquidez de tudo”, haja vista a sociedade líquido-moderna e os vários aspectos da vida o judiciário necessita ver um desatino de um poder anacrônico encastelado e distante da realidade social.

³⁹⁴ Conhecida é a noção de sociedade líquida e seus aspectos deletérios no conhecido sociólogo Polônes e professor em Leeds-Inglaterre (BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida** .tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar. p.23)

³⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: ganhos Nelson Coutinho. 9ª tiragem. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier. p. 95.

CONCLUSÕES

A guisa de notas conclusivas abordadas durante o trabalho arredados chegam as seguintes considerações a título do que se explicita:

1. Que os fenômenos do ativismo judicial e da judicização da vida são patentes do conceito global e contemporâneo do movimento sob a conceituação provisório de pós-modernidade;
2. Que acerca do resultado Ativismo Judicial o mesmo resulta, a mais de uma postura pro ativa do judiciário diante sobremaneira de certos problemas sociais e políticos;
3. Que a judicialização da vida torna-se extenuante presença de demanda complexas, em muitos casos identificando os “*hard cases*” ou casos difíceis que exigem do judiciário uma resposta apta a fim de comporá demanda muito mais do que a resposta judicial a edital o “*non liquet*”;
4. Que o judiciário para o enfrentamento dos novos desafios, necessitam novas ferramentas que não se predam tanto a um hermetismo legal que impede a aplicação de direitos ante um contexto;
5. que entre os instrumentos hábeis para a realização de um atuação “mais ativa” do judiciário elencam-se os princípios constitucionais em especial o princípio da proporcionalidade da dignidade humana.
6. Que no contexto supra em que se inserem os princípios constitucionais pontua-se os mesmos não apenas como vetores interpretativos, mas ao fato de que os mesmos são alcançadas a tal modulo a partir de importância dos mesmos em razão da “viragem” ou “guinada” linguísticas;
7. Que noutro prisma, mas dentro da mesma contextualização presente a interpretação conforme desposta como mais um método a preservar fidelidade ao

teor material e verdadeiramente constitucional da norma, sendo a mesma origina-se do conceito jurídico-político da Supremacia.

8. Que os casos práticos apresentados ressoou como “atestados” de uma prática “ativista” ou de enfrentamento da judicialização da vida posto que a decisão em sede de supremo grau revelam, por parte a aplicação direta da Constituição Federal e deslindou casos onde naturalmente não pode declinar a decidir.

9. Que planos estudas realizados o “ativismo judicial” sobre maneira ante a Constituição Brasileira de 1988 enseja a aplicação **direta** da Lei Fundamental, sendo que mesmo no caso da judicialização da vida há ensejo de não há fonte ou interpretação melhor a se recorrer que não Carta Magna ou seu sentido.

10. Que a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da vida reside que o primeiro consiste “*stricto senso*” numa postura como um todo mais pro ativa do judiciário, inclusive em casos em que não provocado. Enquanto que a judicialização da vida é um fenômeno que depende e licito do modelo de controle de constitucionalidade adotado de todo modo aproxima-se mais do ajuizamento de questões complexas a que o judiciário provocado tem de responder e que antes instava-se a outras esferas de poder como executivo e legislativo.

11. Que a constitucionalidade contemporânea e seus instrumentos é responsável sobretudo em uma constituição como a vigente no Brasil como enfática na constitucionalização de boa parte dos direitos dispostos e não havendo mais a separação estanque de outrora.

12. Que o ativismo judicial e a judicialização são verificados como seu arrimo a construir novos caminhos hermenêuticos, ante uma atuação judicial diferenciada não se baseia mais numa aplicação da Lei meramente silogística, mas diferenciadamente uma resposta constitucionalmente adequada;

13. Que dentro do parâmetro supra articulado, há um contributo substancial da hermenêutica filosófica do qual não se prescinde;

14. Que a linha seguida no presente segue um tripé que dantes firmam-se no jogos de linguagem em Wittggestein+ Heidegger+ (discípulo de Heidegger);
15. Que o centro da proposta presente encontra-se no binômio Heidegger-Gadamer, principalmente Heidegger donde a expressão “fenômeno” ou ideia de fenomenologia acende o estilo mais apropriado do ativismo judicial e da judicialização da vida;
16. Que o método concretista, seja em Konrad nesse ou em Friendirich Müller impõem-se como métodos da “nova hermenêutica constitucional” a perfazer uma construção mais lídima, tanto da “força normativa” como da “metodologia estruturante” a priorizar o texto constitucional em conformidade com a realidade social.
17. Se já faz primordial anotar os elos do método concretiza, sobretudo na “metódica de F. Müller para com o pensamento em Heidegger e Gadamer;
18. Que no questionamento da Súmula Vinculante como estribo de um modelo de Jurisdição Constitucional a que se evita criticamente para que as vantagens “utilitaristas” de sua aplicação prática não engesse o judiciário, sobretudo quando trata-se da aplicação de Diretos Fundamentais;
19. Que o enfrentamento de questões ´políticas ou melhor dizendo da judicialização da politica ou em maior relevo da politização da justiça, em termos pode implicar danos, mas noutros casos não incide maior riscos se considerados que a relação político jurídico é natural de um acoplamento dos sistemas jurídicos e políticos não mais autorreferentes;
20. Que a politização do judiciário menos implica riscos, visto que preservados pressupostos entre os quais a garantia imparcialidade e não incidência de populismo sustentam a atuação pro ativa do órgão judicial.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 2 ed. São Paulo: Mestre Jon. 1982.
- ACKERMAN, Bruce. **We the people Foundation**. Vol. I. Cambridge: Harvard University, 1993.
- ADEODATO, João Mauricio. **A Retórica Constitucional**. Sobre Tolerância, Direitos Humanos e Outros fundamentos éticos do Direito Positivo. São Paulo: Saraiva. 2009.
- _____. **Ética e Retórica**: Para uma teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva. 2002.
- ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Versión: Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- ALVES, Rogério Pacheco. **As prerrogativas da administração Pública nas ações Coletivas**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin. Mac Cormick, Alexy e outros. Tradução: Maria Guimarães Cupertino. 2 ed. São Paulo: Landy. 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais**. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de, NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democracia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, Lobão, Ronaldo. **Constituição & Ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Nelson Coutinho. 9ª tiragem. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Batista, Ariani Bueno Sudahi. 3 ed. São Paulo: Edipro.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

_____. O poder Judiciário e o parágrafo único do art.1º da Constituição do Brasil. "In". GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros. 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio do ativismo judicial. "In": FELLET, André Luiz Fernandes; Paula, Daniel Giotti de. Novelino, Marcelo (orgs) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm. 2011.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2002.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris editor. 1999

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**, 17 ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

COLARES, Virgínia. **Direito Fundamental à imagem e os jogos de linguagem: Análise crítica do discurso**. In: CADERNO da Escola de Direito e Relações Internacionais. Unibrasil, 2010.

CORREIA, Rosa Cícero. Hermenêutica Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade aplicados aos Direitos Fundamentais. **Revista da Esmape**. Recife.vol. 8. n. 18, jul/dez. p. 543, 2003.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (ORGS) **o estado do direito**. História, Teoria, Crítica. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A judicialização da política a politização da justiça e o papel do juiz no Estado Constitucional Social e Democrático de Direito.** (Tese) Faculdade Baiana de Direito, Volume 2. 2010.

DANTAS, Ivo. **Instituições de Direito Constitucional Brasileiro.** 2 ed. Curitiba: Juruá. 2006.

DE LAURENTIS, Lucas Catib. **Interpretação conforme a Constituição:** conceito, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Benefício da justiça gratuita.** Aspectos processuais da lei de assistência judiciária (Lei Federal nº 1060/50). Vol I. Salvador: Jusdivm. 2004.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en serio.** Tradução: Marta Gustavino. Barcelona: Ariel. 2002.

EHRARDT JÚNIOR, Marcos. **Revisão Contratual.** A busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias. Salvador: Juspodivm. 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito Técnica, decisão, dominação.** 4 ed. São Paulo: Atlas. 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva. Vol. I Heidegger em retrospectiva.** Tradução: Marco Antônio Casanova. 2 ed. Petrópolis: Vozes. 2007.

_____. **Verdade e método I.** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Menor. 6 ed. Petrópolis: Vozes.

GALINDO, Bruno. **Direito Fundamentais.** Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à Justiça em Mauro Cappelletti.** Análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 4 ed. São Paulo: RCS. 2005.

_____. Sobre o princípio da Proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERLE, Peter. **Hermêutica Constitucional. A sociedade aberta dos interpretes da Constituição:** contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Consciência Moral e agir comunicativo.** Tradução: Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.** I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HART, L. A. Hebert. **O conceito do Direito.** 3 ed. Tradução. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian.

HEGEL, G.W.F. **Princípios de Filosofia do Direito.** Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Parte I. Tradução: Márcia de Sá Cavalcanti. 8 ed. Petrópolis: vozes. 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos.** 2 ed. Aparecida: Santuário. 2002.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1991.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** Vol. I. Os Pensadores. Nova Cultural: São Paulo. 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

KMIEC, Keenan. **The origin and Current meanings of “judicial activism”.** California Law Review, v.92, 2004.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.** Os (Des) Caminhos de um direito constitucional “comparado” Porto Alegre: Sergio Fabris Editores. 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

LEITE, George; LEITE, Glauco. Abertura da Constituição em Face dos Princípios. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3 ed. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes. 2009.

MARTINEZ, Manuel Moix. **Δikh Nuevas Perspectivas de La Justicia Clásica**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos. 1968.

MAUÉS, Antônio Moreira. Sumula Vinculante e proteção dos Direitos Fundamentais. "In": COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto, LOBÃO, Ronaldo (ORG). **Constituição e Ativismo**. Rio de Janeiro: Lumen. Juris. 2011.

MEDEIROS, Fabricio Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito a Saúde**. Belo Horizonte: editora Forum. 2011.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

MOURA, Adriana Galvão. A Dignidade Humana como fundamento da cidadania. "IN: DINALLI, A.; FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **Constituição e Construção da Cidadania**. Leme: Mizuno. 2005.

MULLER, Friedich. **O novo paradigma da teoria e da Metodica do Direito**. Tradução: João Maurício Adeodato. Recife: Revista de Esmape. Vol. 11 Nº29. Jan/Jun. 2009.

_____. **Métodos de trabalho do direito Constitucional**. 2 ed. Tradução: João Maurício Adeodato: Peter Neumann São Paulo: Max Limonad. 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de Teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. "In" OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004.

PEREIRA, Francisco Caetano. O Latim no Discurso Jurídico. In: SEVERO NETO, Manoel. **Direito, Cidadania e processo**. Recife: Fasa. 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 1997.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica. 2001.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial. **Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo. Saraiva. 2010.

RIBEIRO, Isabel Lessa de Azevedo Pinto. **Ativismo judicial**: o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado (Dissertação) Recife. Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, 2008 .

ROCHA, José Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas. 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**. O Social e o político na Pós-Modernidade. 12 ed. São Paul: Cortez. 2008.

SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi Teresina**, a3, n. 27, dez. Disponível em: <<http://jus.vol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso: 21 fev. 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e Democracia. "In"; SANTOS, Gustavo Ferreira (Coord). **Constituição e Constitucionalismo**. Curitiba: Juruá. 2010.

_____. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: Limites e Possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana**. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia**. O Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STAMFORD, Artur. **Decisão Judicial**: dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá. 2004.

STEIN, Ernildo. **Gadamer e a Consumação da Hermenêutica e Epistemologia**. 50 anos de verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do advogado.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Método. 2006.

_____. **Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88**. (Des) estruturando o Judiciário. Comentários Completos À Emenda Constitucional N. 45/04. São Paulo: Saraiva. 2005.

TEIXEIRA, Sergio Torres. O modelo processual brasileiro contemporâneo e obstáculos à efetividade do processo jurisdicional trabalhista. "In": SEVERO NETO, Manoel. **Direito, Cidadania & Processo**. Vol. 3. Recife: Fasa. 2006.

TURA, Marco Antônio. **O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema**. Brasília. nº163, jul/set. 2004.

WILKIPEDIA. Enciclopédia on-line. **Judicialização da política**. Acesso em: 24 fev., 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **O livro azul**. Tradução Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 1992.

ANEXO A

Dados Gerais

Processo: Ext 633 CH

Relator (a): CELSO DE MELLO

Julgamento: 27/08/1996

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 06-04-2001 PP-00067 EMENT VOL-02026-01 PP-00088

Parte(s): GOVERNO DA REPUBLICA POPULAR DA CHINA QIAN HONG

Ementa

EXTRADIÇÃO - REPÚBLICA POPULAR DA CHINA - CRIME DE ESTELIONATO PUNÍVEL COM A PENA DE MORTE - TIPIFICAÇÃO PENAL PRECÁRIA E INSUFICIENTE QUE INVIABILIZA O EXAME DO REQUISITO CONCERNENTE À DUPLA INCRIMINAÇÃO - PEDIDO INDEFERIDO. PROCESSO EXTRADICIONAL E FUNÇÃO DE GARANTIA DO TIPO PENAL

O ato de tipificação penal impõe ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem a essa exigência de objetividade - além de descumprirem a função de garantia que é inerente ao tipo penal - qualificam-se como expressão de um discurso normativo absolutamente incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos. O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. E que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando, como efeito consequencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas. A cláusula de tipificação penal, cujo conteúdo descritivo se revela precário e insuficiente, não permite que se observe o princípio da dupla incriminação, inviabilizando, em consequência, o acolhimento do pedido extradicional. EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS.

A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do due process of law. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. E que o Estado brasileiro - que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional - assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 40, II). EXTRADIÇÃO E DUE PROCESS OF LAW. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição. A possibilidade de ocorrer a privação, em juízo penal, do due process of law, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado - garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz, natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante - impede o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. CELSO DE MELLO). O Supremo Tribunal Federal

não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao fair trial atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição. EXTRADIÇÃO, PENA DE MORTE E COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO

O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do supplicium extremum, impede a entrega do extraditando ao Estado requerente, a menos que este, previamente, assuma o compromisso formal de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira - fundada na Constituição Federal (art. 50, XLVII, a) - permitir a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. O Chefe da Missão Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar a pena de morte em pena privativa de liberdade, não necessitando comprovar, para esse efeito específico, que se acha formalmente autorizado pelo Ministério das Relações Exteriores de seu País. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas - Artigo 30, n. 1, a - outorga à Missão Diplomática o poder de representar o Estado acreditante ("Etat d'envoi") perante o Estado acreditado ou Estado receptor (o Brasil, no caso), derivando, dessa eminente função política, um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País. NOTA DIPLOMÁTICA E PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. A Nota Diplomática, que vale pelo que nela se contém, goza da presunção juris tantum de autenticidade e de veracidade. Trata-se de documento formal cuja eficácia jurídica deriva das condições e peculiaridades de seu trânsito por via diplomática. Presume-se a sinceridade do compromisso diplomático. Essa presunção de veracidade - sempre ressalvada a possibilidade de demonstração em contrário - decorre do princípio da boa fé, que rege, no plano internacional, as relações político-jurídicas entre os Estados soberanos. VALIDADE DO MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO ESTRANGEIRO REQUERENTE

- O ordenamento positivo brasileiro, no que concerne aos processos extradicionais, não exige que a ordem de prisão contra o extraditando tenha emanado, necessariamente, de autoridade estrangeira integrante do Poder Judiciário. Basta que se cuide de autoridade investida, nos termos da legislação do próprio Estado requerente, de atribuição para decretar a prisão do extraditando. Precedente.

Resumo Estruturado

IN0279, EXTRADIÇÃO, EXAME DO MÉRITO, DESCABIMENTO, ESTADO ESTRANGEIRO, PEDIDO, LEGALIDADE EXTRÍNSECA, ANÁLISE, POSSIBILIDADE, SISTEMA DE CONTROLE LIMITADO, ADOÇÃO, IMPUTAÇÃO PENAL, ASPECTOS MATERIAIS, APRECIÇÃO, EXCEPCIONALIDADE IN0 149, EXTRADIÇÃO, PENA, PRIVATIVA DE LIBERDADE, PENA DE MORTE, COMUTAÇÃO, ESTADO REQUERENTE, NOTA DIPLOMÁTICA, VERACIDADE, JUSTIÇA BRASILEIRA, PRESUNÇÃO JURIS TANTUM, COMPROMISSO, QUEBRA ILEGÍTIMA, ANISTIA INTERNACIONAL, DENÚNCIA, PRECEDENTE, EXISTÊNCIA IN0392. EXTRADIÇÃO, MANDADO DE PRISÃO, VALIDADE, ESTADO REQUERENTE, MINISTÉRIO PÚBLICO, REPRESENTANTE, EXPEDIÇÃO, SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO, AUTORIDADE COMPETENTE, DEFINIÇÃO, IMPOSIÇÃO, DIREITO EXTRADICIONAL, TEMA, IMPOSSIBILIDADE IN0479, EXTRADIÇÃO, PRINCÍPIO DA DUPLA TIPICIDADE, INOBSERVÂNCIA, IMPUTAÇÃO PENAL, AFERIÇÃO, IMPOSSIBILIDADE, DEFRAUDAÇÃO, CÓDIGO PENAL CHINÊS, TIPO, CONTEÚDO DESCRITIVO, IMPRECISÃO, PRECARIEDADE IN0510, EXTRADIÇÃO, DESCABIMENTO, ESTADO REQUERENTE, PERSEGUIÇÃO POLÍTICA, OCORRÊNCIA,

MILITANTE POLÍTICO, DIREITOS HUMANOS, ATIVISTA, EXTRADITANDO, QUALIFICAÇÃO, PROVA DOCUMENTAL, EXISTÊNCIA IN0156 EXTRADIÇÃO, ESTADO REQUERENTE, RÉU, JULGAMENTO, REGULARIDADE, MAGISTRADO PROCESSANTE, IMPARCIALIDADE, IGUALDADE DAS PARTES, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS, INEXISTÊNCIA, MATÉRIA PENAL, COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, INVIABILIZAÇÃO IN0142, EXTRADIÇÃO, TRATADO, CRIMINALIDADE, REPRESSÃO, COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, MEIO EFETIVO, CONFIGURAÇÃO, LIMITE, DIREITOS FUNDAMENTAIS, TUTELA, PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE, OBSERVÂNCIA IN0149, EXTRADIÇÃO, PENA DE MORTE, COMUTAÇÃO, COMPROMISSO, PRESTAÇÃO, NOTA DIPLOMÁTICA, EXPEDIÇÃO, EMBAIXADOR, PODERES, ATRIBUIÇÃO, PAÍS REQUERENTE, MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES IN0058, EXTRADIÇÃO, NOTA VERBAL, CAUSA, COGNIÇÃO, ÂMBITO, RESTRIÇÃO, PEDIDO, EXTENSÃO, DEFINIÇÃO, DADOS, TRANSMISSÃO INFORMAL, MEIO DIPLOMÁTICO, EFICÁCIA, (STF), RECONHECIMENTO IN0479 , EXTRADIÇÃO, PRINCÍPIO DA DUPLA TIPICIDADE, ATENDIMENTO, INOCORRÊNCIA, JUSTIÇA CHINESA, DEFRAUDAÇÃO, TIPO PENAL, LEGISLAÇÃO BRASILEIRA, CORRESPONDÊNCIA, AUSÊNCIA, PEDIDO, DEFERIMENTO, FUNDAMENTO EXCLUSIVO, (MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA) IN0308, EXTRADIÇÃO, PEDIDO, DEFERIMENTO, IMPOSSIBILIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS HUMANOS, PREVALÊNCIA, EXTRADITANDO,

INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL, GARANTIAS, OFENSA, (FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA), (MINISTRO MARÇO AURÉLIO) IN0124 EXTRADIÇÃO, REQUISITOS, PEDIDO EXTRADICIONAL, ESTADO REQUERENTE, PENA DE MORTE, COMUTAÇÃO, COMPROMISSO PRÉVIO,

ELEMENTO INDISPENSÁVEL, CONFIGURAÇÃO, AUSÊNCIA, (FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA), (MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA)

Doutrina

- OBRA: TRATADO DE DIREITO PENAL
- AUTOR: JOSÉ FREDERICO MARQUES
- OBRA: EXTRADIÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO BRASILEIRO
- AUTOR: GILDA MACIEL CORREA MAYER RUSSOMANO OBRA: PROCESSO PENAL TRANSNACIONAL: LINHAS EVOLUTIVAS E GARANTIAS O AUTOR: ADA PELLEGRINI GRINOVER
- OBRA: A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS
- AUTOR: GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO
- OBRA: O NOVO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO COMENTADO
- AUTOR: MIRTÔ FRAGA.

Referências Legislativas

- LEG-FED CF ANO-1988 ART-00004 INC-00002 ART-00005 INC-00047 LET-A INC-00061 ART-00049 INC-00002 ART-00084 INC-0001 9 ART00136 PAR-00003 INC-0000 1 CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Observação

Votação: Unânime. Resultado: Indeferido. -Veja: Conclusões do Relatório da Delegação do Reino da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, em visita oficial à República Popular da China. -Acórdãos citados: Ext 183, PPE-207, Ext 524, Ex (RTJ 140/343) t 560, Ex (RTJ 166/825) t 662 ;(RTJ 164/420) RTJ 24/247, RTJ 43/169, RTJ 75/13, RTJ 83/3, RTJ 89/716, RTJ 122/886, RTJ 124/6, RTJ 134/56, RTJ 140/436. N.PP.:(I 15). Análise:(CTM). Revisão:(RCO/AAF). Inclusão: 30/05/01, (SVF). Alteração: 16/07/07, (MLR).

Citam essa decisão

Os direitos do preso e as prerrogativas do exercício da advocacia
Extradição Ext 1104 Uk (stf)
Extradição Ext 1104 Uk (stf) >Extradição Ext 1171 (stf)
Ver mais decisões

ANEXO B



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CORTÊS
FÓRUM ANÍBAL BALTAR SOUTO MAIOR

Rua Artur Siqueira, S/N, CEP 55525-000, Centro, Cortês/Pe
Fone nº (81) 36871223

Processo: 1042/09

Ação: Mandado de Segurança

Impetrante: Bloco Carnavalesco Pinto da Madrugada

Impetrado: Prefeito do Município de Cortês

Decisão

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO ADMINISTRATIVO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – Mandado de Segurança. Interpretação Constitucional. Aplicação dos Princípios de ponderação da Proporcionalidade e Razoabilidade. Proibição do non liquet. Decisão Judicial de natureza ponderatória, atendendo aos preceitos constitucionais vigentes. Presentes os requisitos da Medida Liminar, sobretudo do perigo da demora, visto prejuízo do Impetrante. Ausência de Jurisprudência. Concessão parcial de medida Liminar em Mandado de Segurança.



Vistos etc...

Bloco Carnavalesco Pinto da Madrugada, neste ato representado pelo seu Presidente Sandro Vilarinho de Souza, já devidamente qualificado nos autos da Ação em epígrafe, impetrou o Mandado de Segurança em face do Sr. **Prefeito do Município de Cortês**, alegando que há 13 (treze) anos, o Bloco Carnavalesco Pinto da Madrugada, formal e legalmente constituído, desfila no domingo de carnaval, enriquecendo o carnaval de Cortês.

Alegou, outrossim que o atual Prefeito demonstrou o intuito de proibir a realização do desfile do Bloco, através do Ofício encaminhado ao mesmo em 26 (vinte e seis) de janeiro do corrente ano. Noutro norte, informa que, em 02 (dois) de fevereiro do corrente ano, recebeu outro Ofício advindo da Secretaria de Turismo do Município de Cortês –PE requerendo da Parte Impetrante cadastramento junto à mesma a fim de que a programação carnavalesca fosse definida.

Acrescenta ainda que já houve despesas superiores à R\$20.0000,00 (vinte mil reais), acostando à inicial Notas fiscais e Contratos, não restando ao mesmo outra alternativa, senão recorrer ao Judiciário.

É o relatório passo a decidir.

Antes de mais nada, é preciso esclarecer que a presente Decisão adstringe-se apenas à postulada Medida Liminar e não intimamente ou diretamente com a questão da concessão ou não da segurança, visto que nesta, ou neste momento processual entendo de difícilímo deslinde.

Assim, reitero também que após várias buscas não encontrei jurisprudência pátria que alcançasse a questão em tela, que por sua própria natureza deveria ter sido resolvida ora com sensatez pelo poder discricionário da Autoridade Impetrada, ora com o acatamento da Parte Impetrante.

Assim, como é conhecido de toda a comunidade jurídica, ao Estado Juiz é vedado o *non liquet*, de modo que este terá que decidir.

Deste modo, reinante na sistemática constitucional hodierna são os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, que assim deverão nortear a presente deliberação.

Na presente Decisão há muito do critério de sopesamento inerente ao Princípio da Proporcionalidade oriundo do Direito Administrativo Alemão e que deveria ter inspirado a Autoridade Coatora antes de trazer à raia do Judiciário, lide de tal natureza.



No entanto, observo também que a Parte Impetrante muito embora comprove pelos documentos de fls. 55/ 65 e mais pelos documentos de fls. 67/70 sua legalização e sua tradição no carnaval, não procurou, conforme documento de fls. 27 acatar o decidido pela Autoridade Coatora.

Em verdade, transparece dos documentos que ambas as partes figurantes da presente relação processual e garantia constitucional não atenderam ao princípio maior de natureza também constitucional da Razoabilidade, nascido do Direito Anglo-Americano. Portanto, a Razoabilidade é o critério definidor da presente decisão que observa presente parcialmente o perigo da demora e a fumaça do bom Direito.

A respeito do referido Princípio, já lecionou Luis Roberto Barroso ¹ :

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para aplicação do mandamento da razoabilidade embora possa ela radicar-se perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

Portanto, a decisão judicial presente estriba-se nos referidos princípios de ponderação, até mesmo em meio à ausência de legislação que abarque de maneira clara tal problemática, todavia em meio às discussões da doutrina presente se desempenha ou não o Juiz um papel interpretativo ou mesmo se a norma implícita já se encontra no sistema, para todos os casos a Razoabilidade é princípio constitucional reinante e

¹ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 224.



contemporâneo na aplicação da Constituição Democrática Brasileira de 1988 ou de qualquer outra de cunho a respeitar o Estado Democrático e de Direito.

Em sentido similar o professor André Ramos Tavares lecionou ²:

Em outras palavras, a Constituição desempenha, nessa linha, um papel de standard interpretativo. Quando se fala, portanto, da constitucionalização do Direito, não se está apenas querendo fazer referência à supremacia formal da Constituição. Evidentemente que é ela um pressuposto necessário. Sem se admitir que as leis e todos atos normativos devem conformação à Constituição (uma das dimensões da supremacia da Constituição), não haveria como falar em constitucionalização do direito.

Que assim sendo, e observando o premente prejuízo exposto nas fls. 48 dos Autos de que as partes envolvidas devem observar em situações futuras uma maior consensualidade, e mais, sopesando, portanto aplicando a Proporcionalidade à programação da Autoridade Coatora Impetrada e do prejuízo do Impetrante, pondero razoavelmente a ser cumprido o seguinte: **1- Que mantida a tradição desfile o Bloco Impetrante Pinto da Madrugada ao dia de domingo de carnaval, portanto dia 22 de fevereiro de 2009; 2- Que por não ter acatado totalmente deliberação discricionária (fls. 27), mas havendo prejuízo pela contratação (fls. 47/48) de bloco notoriamente conhecido no Carnaval de Pernambuco, desfile como requerido, a partir das 21 horas do dia 22/02/2009; 3- Que a pretensão do outro bloco determinado pelo Impetrado de desfilar às 20h é mantida parcialmente, uma vez determinado o encerramento do desfile do mesmo, como determinado pelo Impetrado deverá encerrar-se às 20h30min de maneira peremptória; 4- Deste modo, resta à Autoridade Impetrada discricionariamente determinar o horário de início da apresentação do bloco pretenso, encerrando-se por decisão judicial presente imperativamente às 20h30min, sob as penalidades legais, bem como determinar o encerramento da apresentação do bloco impetrante resguardando ao mínimo 03 (três) horas de apresentação, portanto, encerrando-se , ao mínimo à 00:00h do dia 23 de fevereiro de 2009; 5- Que as partes fica cientes que o descumprimento**

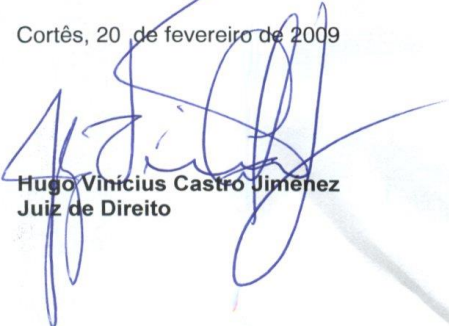
²TAVARES, André Ramos Fronteiras da Hermenêutica Constitucional. Vol. 1. São Paulo: Método. 2006. p 133/134



incorrerá em CRIME DE DESOBEDIÊNCIA previsto no Art. 330 do CPB; 6- Oficie-se da presente a Polícia Militar local, a Polícia Civil local e o Comando da PM em Ribeirão-PE, para cumprimento da Decisão, bem como a Rádio Comunitária para divulgação; 7- Da presente, INTIMEM-SE as Partes bem como Ciência ao Ministério Público; 8- Em caso de necessário cumprimento e outras deliberações, ao juiz Plantonista é resguardada sua competência, bem como ao Oficial de Justiça respectivo; 9- Para o procedimento Mandamental, notifique-se a Autoridade Coatora para em 10 (dez) dias prestar suas informações e após, pelo mesmo prazo ao Ministério Público para emitir seu parecer.

Sem mais, CUMPRA-SE.

Cortês, 20 de fevereiro de 2009


Hugo Vinicius Castro Jimenez
Juiz de Direito

ANEXO C



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE CORTÊS
R. Artur Siqueira, s/n, centro, fone/fax: 3687 1223

Secretaria da Vara Única

Mandado de Segurança.
Processo. nº 406-23.2009.8.17.0530

Impetrante: Bloco Carnavalesco Pinto da Madrugada

Impetrado: Prefeito Municipal de Cortês.

Sentença

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL-DIREITO ADMINISTRATIVO-DIREITO PROCESSUAL CIVIL-Mandado de Segurança. Interpretação Constitucional. Aplicação dos Princípios de ponderação da proporcionalidade e Razoabilidade. Proibição do “*non liquet*”. Fato Notório, direito líquido e certo comprovado. Decisão de natureza ponderatória, atendendo os preceitos constitucionais vigentes. Ratificação do teor da medida liminar, exceto dos itens revogados por prejudicados Concessão da Segurança.

Visto etc.

O Bloco Carnavalesco Pinto da Madrugada devidamente qualificado e representado nos autos, interpôs o presente Mandado de Segurança em face do **Prefeito Municipal de Cortês** igualmente qualificado.

Alega o impetrante que, “*constitui um bloco carnavalesco que já existe há 13 (treze) anos, e, inclusive, é formal e legalmente constituído, tendo inclusive Cadastro nacional de Pessoa Jurídica, junto ao ministério da Fazenda*”.

Que, “*durante todo esse tempo, jamais fora criado nenhum óbice ao desfile de qualquer Bloco Carnavalesco no município, inclusive dos que não são legalmente constituídos, não tem sede própria ou CNPJ*”.

Prossegue narrando que, o atual Prefeito tentou proibir o desfile de um bloco, pelo simples motivo dele ter sido constituído pelo ex-prefeito, seu adversário político, Sr. Ernane Borba. (grifos nossos)

Não encontrando, pela via administrativa, solução que para o seu problema, recorreu ao Judiciário, através da presente Remédio Jurídico.

Requeru a concessão da medida liminar; intimação do Órgão Ministerial e ao final a Concessão da Segurança.

Às fls.08/71 juntou procuração e documentos.

Em decisão fundamentada às fls.81/85, foi concedida Parcialmente a Segurança.

O Impetrado, devidamente notificado para prestar informações (fls.87), não o fez conforme certidão de fls.98.

Às fls.94/97 é acostada aos autos Decisão Interlocutória em Recurso de Agravo de Instrumento, de lavra do Exmo. Des. Dr.Eloy d' Almeida Lins, na qual *"indefer-se a liminar de suspensividade pleiteada e, em consequência, mantém incólume a decisão de 1º grau"*.

Ao Órgão Ministerial com vista, este se manifestou, em Parecer opinando pela Denegação da Segurança pleiteada.

Vieram-me os autos conclusos:

É relatório. Decido:

Observo, compulsando os autos que o imbricamento que configura a demanda delineou de um não entendimento entre facções políticas que se fizeram em lados opostos; um como Autoridade Coatora e outro como Impetrante.

Assim, em vista do imbróglio, e, em vista de mal maior, e, ante a vedação de *"non Liquet"* ao magistrado, ao tratar-se de um caso difícil, foi assim que decisão fls.81/85 enveredou pelos Princípios de ponderação da Razoabilidade e Proporcionalidade, a mais de que é função do judiciário preservar o fim paz social do que promover o agnominado Ativismo Judiciário.

Na presente decisão, há muito do critério de sopesamento inerente ao Principio da Proporcionalidade oriundo do Direito Administrativo Alemão e que deveria ter inspirado a Autoridade Coatora antes de trazer a baila do judiciário lide de tal natureza.

Como dito em sede de Decisão liminar, muito embora a parte impetrante comprove pelos documentos de fls.55/65 e mais pelos documentos de fls.67/70 sua legalização e sua tradição no carnaval, não procurou, conforme documentos de fls.27, acatar o decidido pela Autoridade Coatora.

Na decisão de fls.83/85 restou demonstrado de forma bastante clara e explicativa os fundamentos fáticos e jurídicos, que embasaram a concessão da medida Liminar.

Ademais, quando provocado o Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, através de Recurso de Agravo de Instrumento, interposto pela Autoridade Coatora, este, em caráter de Decisão Interlocutória, manteve na integra a decisão deste Juízo *"a quo"*, (fls.94/97).

Mesmo respeitando o parecer opinativo, em tom conservador e formalista, do Ilustre representante do Ministerial de fls.100/102, enveredo num sentido mais amplo, e busco guarida nos princípios constitucionais para discórdia do mesmo.

Evidente que tecnicamente e do ponto de vista processual formal o presente feito como ação autônoma de impugnação inclinar-se-i-a para uma decisão próxima a do parecer ministerial fls.100/102 ou ate mesmo da perda do objeto do presente mandado de segurança em vista de que a data da realização do evento já foi ultrapassada. Entrementes, o pedido de fls.06 vindica no item III literalmente: *"Concessão da segurança ora impetrada, com fito de determinar que o prefeito não empeça a realização do desfile do bloco carnavalesco Pinto da Madrugada nos domingos de carnaval tendo em vista constituir o referido desfile, uma tradição no município de Cortês há 13 (treze) anos"*.

Assim a Sentença do Juiz deve adstringir-se ao pedido articulado vedado o *non liquet*. Deste modo há pedido onde se arvora o direito adquirido de desfilar como há 13 (treze) anos determinado bloco em determinado dia reiterando tradições culturais, ainda que

e isto não fere nem a democracia nem o estado de direito se simpatize com correntes políticas. deste modo, acredito que o novo direito constitucional e a nova interpretação constitucional inspiram uma visão de direito líquido e certo ou mesmo de direito adquirido diferente da de outrora ou da que abalizava a interpretação jurídica tradicional.

Ademais , a presente ação autônoma de impugnação tem como fito preservar o desfile de bloco carnavalesco que em verdade trata de fato notório e onde se harmoniza com o presente procedimento especial. Comprovado me parece o direito líquido e certo. Portanto vedar o direito de um bloco tradicional desfilar tradicionalmente seria o mesmo que reiterar que acontecimentos como o **Galo da Madrugada** no Recife, os **Papangus** em Bezerros, os **Filho de Ghandi ou os Trios Elétricos** em Salvador ou finalmente as **Escolas de Samba** no Rio de Janeiro não pudessem sair. O que muda de fato é apenas a comunidade ou microcosmo.

Aqui se vislumbra como de aplicação imediata os já ventilados princípios hermenêuticos e constitucionais de ponderação como de proporcionalidade e d razoabilidade assim como o teor da lei LICC no seu art.5º que enaltece que o juiz na aplicação da lei devesse priorizar o seu sentido social. A que me parece este é o caso.

Muito mais, em casos como o presente onde deveria prevalecer o bom senso, e a aplicação do razoável e dos aludidos princípios pela Administração Pública é que exerce tal controle de legalidade o judiciário não apenas em aspecto tão restrito como em outros tempos e isto não implica necessariamente no “ativismo judicial”, mas sim a solução de conflitos que podem permanecer perturbando a comunidade e do qual o judiciário foi provocado a decidir, naquilo que a doutrina e a jurisprudência anglo-americana também conhece por “*hard cases*”, casos difíceis.

Há, sem dúvida, alguma, uma nova era dos direitos como diria Norberto Bobbio. Neste diapasão observo que a impetração do Mandado de Segurança presente visa proteger direito líquido e certo e por via oblíqua um direito adquirido em 13 (treze) anos de bloco carnavalesco num determinado horário. Assemelha-se portanto no cumprimento daquilo que Emanuel Kant chama de **imperativo categórico**, que na observação do autor italiano em destaque monitorou³⁹⁶: *“imperativos categóricos são aqueles que prescrevem uma ação boa em si mesma, isto é, uma ação boa no sentido absoluto, que deve ser cumprida incondicionalmente, ou com nenhum outro fim a não ser o seu cumprimento enquanto ação devida. É um imperativo categórico o seguinte: não se deve mentir. Imperativos hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa para atingir um fim, isto é, uma ação que não é boa em sentido absoluto, mas boa somente quando se deseja, ou se deve atingir um fim determinado e, assim é cumprida condicionalmente para obtenção do fim. É um imperativo hipotético o seguinte: se você quiser sarar o resfriado, deve tomar aspirinas. Os imperativos categóricos seriam próprios, segundo Kant, da legislação moral, e podem portanto ser chamados de norma éticas. Quanto aos imperativos hipotéticos, distingue-se por sua vez, segundo Kant, em duas subespécies, de acordo com o fim a que a norma se refere, como diz Kant, um fim possível ou um fim real, isto é, um fim que os homens podem deixar de perseguir ou não, ou um fim que os homens não podem deixar de perseguir”*.

Em sentido paralelo e na órbita administrativista como requer o presente feito o posicionamento contemporâneo de Marçal Justen Filho esclarece³⁹⁷: *“mas o Mandato de Segurança não se presta a controle em abstrato da validade de atos administrativos. É necessário o impetrante evidenciar a titularidade de um direito, e isso apenas pode surgir mediante a ocorrência de fatos jurídicos-eventos ocorridos no mundo real que produzem a incidência de um mandamento normativo que assegura ao sujeito o direito de obter uma prestação. Isso não significa a impossibilidade de ser conhecida e examinada a validade da lei ou ato administrativo de efeitos abstratos. Mas isso se fará na medida em que seja fundamento da lesão ao direito líquido e certo a ser protegido. Ou seja, faz-se o controle em*

³⁹⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. São Paulo: Edipro. p.92/93

³⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. p.771

concreto, o que significa conhecer a validade de normas para efeito de tutelar um direito subjetivo específico. Será inepta uma petição inicial de mandado de segurança que pretenda questionar a lei em tese, restringindo-se a afirmar que lei é inconstitucional”.

Portanto, a interpretação constitucional serve de instrumento para o controle dos atos administrativos pelo judiciário sempre que provocado nunca olvidando dos princípios constitucionais de ponderação, por alguns já conhecidos por postulados de ponderação. Infelizmente casos como o presente, deveriam pertencer única e exclusivamente a uma boa política administrativa regida pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade já supracitados, e no limite dos princípios administrativos do art.37Caput da CF/88 à preservar a tolerância como preceito da convivência social,.

Em estudo de valia primorosa o professor João Mauricio Adeodato ao comentar o tema da função retórica do direito, lecionou:³⁹⁸*Essa sobrecarga do direito implica uma sobrecarga também do estado pois, na modernidade, a pretensão do monopólio estatal da jurisdição faz com que Estado e direito passem a ter funções muito próximas, quase que se confundindo. Se o direito se sobrecarregar, o mesmo ocorre com as responsabilidades que o Estado se arvora a respeito do tratamento dos conflitos da jurisdição, plenitude hermética do ordenamento jurídico etc”.*

No mesmo sentido, pondera o aludido autor sobre a tolerância e a repulsa a atos contrários o seguinte:³⁹⁹*Assim como grosseria não implica coragem, tolerância tampouco significa aceitar qualquer atitude, não quer dizer pusilanimidade. Tolerância e bonomia não devem aparecer como corvadia, mas ser determinado por arroubos do próprio temperamento vai indicar falta de civilidade e controle para sofrer discordâncias sem tachar de inimigos os críticos e só transformar em amigos bajuladores. Plutarco vai muito mais além da tolerância porque pensa de uma perspectiva moral edificante: Sem dúvida não se vingar de um inimigo, quando a ocasião se apresenta, é humanidade! mas compadecer-se dele quando esta prostrado e assisti-lo quando esta na miséria, aí esta a verdadeira generosidade”.*

Ante o exposto, em com fundamento nos art.5º-LXIX, e 37 Caput da CF/88; art.1º da Lei 1.533/51 concedo a Segurança Definitiva e portanto defiro procedente parcialmente o pedido articulado no presente MANDAMUS , ratificando em todos os seus termos a decisão Liminar de fls.81/85, especificamente mantido e concedido o direito ao Bloco de Carnaval e Impetrante Pinto da Madrugada para que este desfile aos domingos de carnaval ao mínimo das 20:30h dos domingos de carnavais até as 00:00h do dia limítrofe, portanto reiterando o teor dos item 4 da decisão liminar, prejudicados os itens 1;2;3;6;7;8;9.Mantido o teor do item 5 quanto ao crime de desobediência no que parece despesiando falar mais. E respeitando toda e qualquer decisão da Administração municipal que preserve o mínimo de acordo com as tradições do bloco carnavalesco impetrante, que seja desfilar nos domingos de carnaval a noite.Ainda indefiro o pedido de item 05 nas fls.07 e m que se requer condenação por danos materiais por ser tal tema inconciliável com o procedimento do mandado de segurança.

Oficie-se desta decisão o Centro de Estudos Judiciários do Egrégio TJPE, a ESMAPE e o Instituto dos Magistrados de Pernambuco com a copia de decisão presente para fins de estudos acompanhados de copias da mesma.

Oficie-se da presente a DEPOL Local e a PM local.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Cortês, 08 de fevereiro de 2010.

Hugo Vinícius Castro Jiménez
Juiz de Direito

³⁹⁸ ADEODATO João Mauricio.A Retórica Cosntituicional. Sobre tolerância, direito humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo:Saraiva.2009.p92

³⁹⁹ Idem;Opcit.p.93