

Aspectos relevantes acerca da atuação judicial no Brasil

Relevant aspects about judicial performance in Brazil

Vanessa de Assis Martins¹

Resumo

O presente artigo científico objetiva o estudo de aspectos relevantes quanto aos limites e possibilidades da atuação judicial do Brasil, um Estado Democrático de Direito, filiado à família romano-germânica, adepto ao princípio da separação de poderes. A temática é relevante, pois o Judiciário no Brasil está cada vez mais atuante, adentrando, muitas vezes, na esfera dos demais poderes. Considera-se que, apesar das críticas à atuação ativa do Judiciário, este Poder é corresponsável na concretização da Constituição, sobretudo dos Direitos Fundamentais, razão pela qual não pode manter a postura distante de outrora. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na fase de Investigação, foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano, e o Relatório dos Resultados está expresso na base lógica Indutiva.

Palavras-Chave: romano-germânico; atuação judicial; Constitucionalismo; Direitos Fundamentais.

Abstract

This scientific paper objective study of relevant aspects of the limits and possibilities of judicial action in Brazil, a Democratic State, affiliated to the roman-germanic family, adherent to the principle of separation of powers. The theme is relevant because the Judiciary in Brazil is increasingly active, entering often the sphere of the other branches. It is considered that, despite the criticism of the active role of the Judiciary, this Power is co-responsible in implementing the Constitution, particularly of Fundamental Rights, why can not keep apart posture of old. As for the Methodology employed, it is recorded that,

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade pela rede LFG/Universidade Anhanguera-UNIDERP. Servidora pública lotada no Gabinete da Vara da Infância e da Juventude e Anexos da Comarca de Criciúma (Assessora de Gabinete).

in the research Phase, we used the Inductive Method, in Data Processing phase, the Cartesian Method, and the Results of the Report are expressed in the rationale Inductive.

Key-words: judicial action; Constitutionalism; Fundamental Rights.[

Introdução

O sistema jurídico brasileiro é filiado à família romano-germânica, e, como tal, possui como características, entre outras: 1) a predominância do direito positivo (da lei escrita); 2) a tendência à codificação do direito; 3) a utilização do método dedutivo de subsunção do fato concreto à lei; 4) a incorporação em suas Constituições do princípio da separação de poderes.

Atualmente, contudo, observa-se que o Poder Judiciário no Brasil está cada vez mais atuante, ao adentrar, muitas vezes, na esfera dos demais poderes, bem como ao adotar interpretações inovadoras e/ou ampliativa da lei e/ou ao julgar os casos concretos com base em princípios jurídicos.

Assim, vivendo-se em um Estado Democrático de Direito, conforme disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988² (doravante CRFB/88), que adotou o princípio da separação de poderes em seu artigo 2º, e em um sistema jurídico estruturado com base nas características da família *civil law*, mostra-se relevante investigar os limites e possibilidades da atuação judicial.

Assim, o objetivo do estudo é equacionar essas questões, aparentemente paradoxais, perscrutando como que a atuação judicial pode ser legítima no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Hipoteticamente, tem-se que apesar das críticas à atuação ativa do Judiciário, este Poder é corresponsável na concretização da Constituição, sobretudo dos Direitos Fundamentais, razão pela qual não pode manter a postura distante de outrora

O objetivo deste estudo é a produção de um artigo científico para a disciplina de Fundamentos da Percepção Jurídica do Curso de Mestrado em

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 9. jul. 2015.

Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que os resultados estão expressos na base lógica Indutiva³.

A pesquisa foi, na sua totalidade, bibliográfica⁴ e documental.

Neste artigo científico, as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no texto ou em nota de rodapé.

1. Da filiação do Brasil ao sistema jurídico romano-germânico

O sistema jurídico brasileiro, especialmente em virtude da colonização dos portugueses, é filiado à família romano-germânica, cujas raízes remontam à compilação do imperador romano Justiniano, no século VI. Também chamado de sistema *civil law*, é, ao lado do *common law*⁵, um dos sistemas mais disseminados. Como o próprio nome sugere, tal sistema é fulcrado no direito romano, retomado pelos estudiosos das universidades europeias, com destaque aos glosadores da italiana Escola de Bolonha a partir do século XI,

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015. p. 91.).

⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 215.).

⁵ O sistema *common law* é aquele que considera os costumes e as decisões judiciais como principais fontes do direito. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**: de A a J. Tradução de Carmem C. Varriale et al. 5 ed. Brasília: UNB, 2004. p. 351. Título original: *Dizionario di política*).

Segundo Guido Fernando Silva Soares, (n)o sistema *common law*: 1) é de origem inglesa; 2) são considerados legisladores os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário; 3) “*Precedent* é a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados.”; 4) a decisão judicial tem dupla função: a) “decide o caso *sub judice* e faz coisa julgada”; b) “tem um efeito para além das partes ou da questão resolvida [...], pois *cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros*.” O autor destaca, ainda, que o sistema estadunidense é misto, pois, embora pertencente à família *common law*, encontra-se sintonizado com o sistema *civil law*. Lá se tem um direito criado pelo Judiciário (*Common Law*) e outro pelo Poder Legislativo (*Statute Law*). (SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 38-41. Com grifos no original.).

difundindo-se em outros territórios além daqueles outrora dominados pelo Império Romano, principalmente na Alemanha⁶.

Como destaca Mendonça⁷, paulatinamente, outros métodos de estudo, além da glosa – anotações dos estudantes de Bolonha em suas cópias da compilação de Justiniano –, foram sendo acrescentados, até tornar-se o estudo do Direito mais sistemático. A sistematização, contudo, se dá mesmo com o movimento da codificação do direito, no início do século XIX, com a qual se inicia, segundo Bobbio⁸, “[...] a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito”, conforme se verificará na sequência.

Com efeito, com o movimento Iluminista, precursor da Revolução Francesa, de 1789, e cuja principal bandeira foi a do racionalismo, surgiram as primeiras propostas de codificação, com o intuito de substituir o amontoado de regras jurídicas elaboradas ao longo da história por normas calcadas na natureza e capazes de atender às pretensões universais dos seres humanos⁹.

Nesse contexto, entra em vigor na França, em 1804, o Código de Napoleão, primeira codificação propriamente dita da história, influenciando a legislação e o pensamento jurídico em muitos países a partir de então. Contudo, apesar da concepção jusnaturalista de seus idealizadores, a escola dos intérpretes do Código Civil Francês, a chamada Escola de Exegese, “[...] considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador*.”¹⁰.

Para essa Escola, a solução de todos os problemas jurídicos encontrava-se no próprio ordenamento jurídico, cabendo ao juiz, unicamente, a aplicação mecânica da lei, ainda que por meio de interpretação (passiva)

⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone Editora, 1995. p. 65. Sem informação do título original.

⁷ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Glosadores. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 382-383.

⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 32.

⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 64-65.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 77.

analógica ou da utilização dos princípios gerais do direito, quando da obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei. Assim, para a Escola de Exegese, o legislador é onipotente, o ordenamento jurídico é completo e o juiz é um mero “boca-da-lei”¹¹.

Como se observa, as ideias dos intérpretes do Código Civil Napoleônico correlacionam-se com a do positivismo jurídico, que compreende o Direito tão somente como um regulador racional e objetivo, um sistema de normas postas, pelo qual o jurista deve se abster de manifestar qualquer juízo de valor. “Recusa-se, assim, uma postura preocupada em fazer derivar o Direito de outras fontes que não as sociais (jusnaturalismo), ao mesmo tempo que se renega a fazer depender a existência do Direito de juízos morais particulares.”¹²

Nesse sentido, Norberto Bobbio, ao dissertar a respeito das causas históricas do advento da Escola de Exegese, cita a doutrina da separação de poderes¹³, segundo a qual os poderes estatais são divididos em três, Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um correspondendo a um órgão próprio, com atuação autônoma e independente, estabelecendo-se um controle recíproco entre eles, de modo a preservar o equilíbrio e evitar abusos no exercício do poder¹⁴.

Para a doutrina da separação de poderes, e também o positivismo jurídico, o Judiciário, eminentemente neutro, não podia criar o direito, sob pena de usurpar a competência dos legisladores, “[...] mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei [...]”¹⁵.

A ideia de divisão tripartite de funções do Estado remonta a Aristóteles, lá na antiguidade clássica e, embora tal concepção tenha sido resgatada por outros nomes nos séculos XVII e XVIII, é Montesquieu a principal referência

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 78.

¹² BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 643.

¹³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 79.

¹⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Coleção Ensaios do Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 83.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 79.

intelectual da doutrina da separação de poderes, especialmente pela referida noção de controle recíproco – sistema de freios e contrapesos¹⁶, que “[...] se tornou dogma do constitucionalismo demoliberal, influenciando, principalmente, as declarações de direitos das constituições norte-americanas e francesas.”¹⁷.

Falando em influência, o Constitucionalismo moderno, resultado das revoluções liberais – a inglesa (1688), a norte-americana (1776) e a francesa (1789) -¹⁸, sofreu forte inspiração na doutrina da separação de poderes¹⁹. Essa ideologia nova, baseada não somente na separação de poderes, mas também na Constituição e nos direitos individuais, foi difundida mesmo com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁰.

Nessa linha, Luís Roberto Barroso afirma que “[...] o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que os acompanhou, com triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão”. Destaca, ademais, que o Constitucionalismo modificou “[...] a qualidade da reação entre o indivíduo e o poder, com reconhecimento de Direitos Fundamentais²¹ inerentes à condição humana, independentes de outorga por parte do Estado.”²².

¹⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 82.

¹⁷ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 73.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 145.

¹⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 84.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 146.

²¹ Para o presente trabalho, adota-se o seguinte conceito operacional para a categoria Direitos Fundamentais: “[...] são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma nova jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.” (FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9. Com grifos no original.).

²² BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia** 242

Percebe-se, portanto, que, ao lado da separação de poderes, torna-se fundamental, nesse período, a asseguuração das garantias. Daí a importância do direito escrito, tido como uma conquista em relação ao direito costumeiro, por significar a estabilidade do ordenamento, bem como por possibilitar o seu conhecimento. “E, por essa razão, a Declaração dos Direitos vinculava à própria noção de Constituição a divisão dos poderes e o asseguramento das garantias.”²³. Igualmente, ensina Barroso que, “[...] desde as suas origens, sempre foi da essência da Constituição a separação de Poderes e a garantia dos direitos.”²⁴.

Como não poderia deixar de ser, pela própria história do direito brasileiro, filiado ao sistema romano-germânico, o Brasil trouxe para as suas Constituições o princípio da separação de poderes, o qual permanece, inclusive, na CRFB/88, que, em seu artigo 2º, prevê: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”²⁵.

Além dessa doutrina, o direito brasileiro também incorporou as demais características do sistema *civil law*, tais como predominância do direito positivo (da lei escrita), tendência à codificação do direito, utilização do método dedutivo de subsunção do fato concreto à lei.

Antes de se continuar a tratar do direito no Brasil, passa-se a tecer as seguintes observações acerca do Constitucionalismo.

2. Do Constitucionalismo

do Direito.

²³ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 87.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 147.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 9. jul. 2015.

A partir da visão moderna e liberal, a Constituição deixou de ter mero caráter descritivo das instituições essenciais de dada Sociedade, passando a ter “[...] a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito.”²⁶. E mais, “[...] Nascida em berço revolucionário, a Constituição consubstancia a superação da ordem jurídica anterior [...] e a reconstrução do Estado em novas bases.”²⁷.

Diante disso, Luís Roberto Barroso conceitua Constituição:

- a) do ponto de vista *político*, como o conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade;
- b) do ponto de vista *jurídico*, é preciso distinguir duas dimensões: (i) em sentido *material*, i.e., quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os Direitos Fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados; (ii) em sentido *formal*, i.e., quanto à sua posição no sistema, a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo.²⁸

O Constitucionalismo advindo desse contexto histórico carregava, como visto alhures, a bandeira dos Direitos Fundamentais, sendo que, num primeiro momento, o catálogo de direitos limitava-se aos direitos individuais e políticos, típicos do Estado liberal, não intervencionista e defensor da liberdade. É o que se chama de “primeira geração de Direitos Humanos”²⁹, caracterizada

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 145.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 145.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 145. Com grifos no original.

²⁹ Essa expressão foi utilizada primeiramente por Karel Vasak, em 1979, e não por Norberto Bobbio, como muitos acreditam. Registre-se que atualmente essa expressão, apesar de ser frequentemente utilizada, sofre muitas críticas. Algumas ocorrem porque a palavra “geração” induz à crença de que a geração seguinte só pode ser implementada quando a anterior já tiver alcançado o seu ápice, o que contribui para a não positivação de alguns Direitos Humanos e, consequentemente, para a não efetivação desses direitos, sendo que, na verdade, uma geração não substitui a outra e sim se complementam, uma vez que os Direitos Humanos são indivisíveis. Ademais, críticas acontecem porquanto o reconhecimento dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos econômicos e culturais depois (segunda geração) e dos direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio e à paz (terceira geração), não ocorreu nessa ordem em todos os países. Desta forma, parte da doutrina contemporânea tem preferido utilizar a expressão “dimensão de Direitos Humanos” a fim de afastar a noção de sucessão de direitos a que o termo “geração” induz. Destaca-se que essa expressão também

por compreender o direito de liberdade como meio para alcançar a igualdade entre os seres humanos.

A história da classe trabalhadora, contudo, revelou que é necessário garantir primeiro igualdade (material), pois esta é pressuposto da liberdade. Pois, com o advento do Estado liberal burguês, essa classe ficou desamparada pelo Estado, o que suscitou o aparecimento, em meados do século XIX, dos primeiros movimentos reivindicatórios de direitos da classe proletária, que só foram consagrados no século seguinte, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919³⁰. Trata-se da segunda geração de direitos, os econômicos e sociais. Tem-se, com isso, o advento dos chamados Estado Social (intervencionista) e do Constitucionalismo social.

Nesse sentido, Cesar Luiz Pasold³¹ defende que a Constituição mexicana de 1917 foi a primeira Constituição da história constitucional mundial a expressar as três características do Estado Contemporâneo, as quais o diferencia do Moderno: a manutenção da consagração dos direitos individuais; a ampliação do rol de Direitos Fundamentais para alcançar também os direitos sociais e/ou os direitos coletivos; a permissão de intervenção do Estado nos domínios econômico e social visando garantir a efetivação de tais direitos.

Em que pese essa consagração dos Direitos Fundamentais por meio do Constitucionalismo, até a Segunda Guerra Mundial, as Constituições não detinham força normativa, uma vez que a fonte principal do direito era a lei. As Constituições serviam como programas políticos orientadores ao Poder Legislativo. Os Direitos Fundamentais, assim, somente eram exigíveis se previstos também na legislação infraconstitucional³².

tem sofrido críticas, eis que comete o mesmo erro da anterior, isto é, também classifica os Direitos Humanos como pertencentes a uma determinada dimensão, preterindo a indivisibilidade desses Direitos (LIMA, George Marmelstein. Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais. 2003. Disponível em: http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/doutrinando_09.html. Acesso em: 10 jul. 2015).

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 41.

³¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed, rev. e amp. Itajaí: Univali, 2013. p. 32.

³² SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993. Acesso em: 9 mar. 2011. p. 3.

Após a Segunda Guerra Mundial, esse panorama se modificou, conforme se verá no item seguinte.

2.1 Do Neoconstitucionalismo

Apenas após a Segunda Grande Guerra, com a constatação de que as maiorias políticas podem praticar ou ser coniventes com a barbárie, tal como se deu na Alemanha com o nazismo, a perspectiva em relação às Constituições se modificou, pois estas passaram a prever instrumentos para proteger os Direitos Fundamentais, inclusive do próprio legislador³³.

Assim:

As constituições europeias do 2º pós-guerra não são cartas procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito.³⁴

No mesmo sentido:

No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência –, prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e a ascensão dos princípios constitucionais como uma reserva de justiça entre o poder político e os indivíduos, sobretudo as minorias.³⁵

À luz dessa nova perspectiva e diante da necessidade de efetivação dos Direitos Fundamentais, especialmente em um cenário de demandas cada

³³ SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. p. 3-4.

³⁴ SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. p. 4.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 147.

vez mais complexas, os critérios de resolução das lides pensados pelos juspositivistas, a exemplo da subsunção do fato concreto à lei, não mais são suficientes para resolver os problemas jurídicos que batem à porta do Judiciário. Diante disso, “De poder quase ‘nulo’, mera ‘boca que pronuncia as palavras da lei’, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo.”³⁶. Portanto, “[...] o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os ‘casos difíceis’ do Direito.”³⁷.

Sob esse enfoque, para Daniel Sarmento³⁸, com o Neoconstitucionalismo, a compreensão tradicional do princípio da separação de poderes como impositor de rígidos limites à atuação jurisdicional perde força diante de um novo panorama, em que o Poder Judiciário possui ampla permissão de atuação em prol dos valores constitucionais. As visões estritas do princípio democrático cedem espaço para ideias voltadas à democracia substancial, que restringe os poderes do Legislativo em observação aos Direitos Fundamentais e à proteção das minorias. No lugar da lei como fonte principal do direito, aflora a ideia de que a centralidade do ordenamento jurídico está na Constituição, que condiciona toda a ordem jurídica.

Pelo exposto, embora existam inúmeras incertezas e controvérsias acerca do significado da expressão “Neoconstitucionalismo”, pode-se concluir, para o presente trabalho, colhendo-se as lições de Barroso³⁹, que Neoconstitucionalismo é o movimento iniciado após a Segunda Guerra Mundial, a partir da centralidade dos Direitos Fundamentais, com uma série de modificações, cujos destaques repousam na força normativa da Constituição,

³⁶ SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. p. 5.

³⁷ SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. p. 5.

³⁸ SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. p. 5.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 28 nov. 2015. p. 15.

na propagação da jurisdição constitucional e na construção de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Na mesma linha, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

[...] as funções da dogmática jurídica, fundadas na sistematização normativa, na interpretação e na subsunção, são, aos poucos, sobrepajadas, pois os julgadores (juízes, árbitros, administradores judicantes) não aplicam apenas a legislação, mas fazem constantes referências a princípios jurídicos, cláusulas gerais etc. Antes, princípios eram invocados para integrar o direito, isto é, apenas nos casos de lacunas (nesse sentido deles fala a nossa *Lei de Introdução*). Agora, parece que o julgador tem uma liberdade muito maior para reconstruir e até *construir* o direito, que antes era assumido como um dado (o juiz como *homo ludicus*). Mesmo porque o rol de princípios admitidos não se limita a princípios expressos na legislação ordinária e constitucional, mas são 'descobertos' a partir de exigências decisórias. Não que isso não ocorresse no passado. Mas era algo revelado pela dogmática jurídica por força de exigências sistematizadoras do material obrigacional contido no ordenamento. E não pela jurisprudência como suporte direto da decisão do caso concreto.⁴⁰

Neste ponto, é *mister* abrir um parêntesis para registrar que o direito estadunidense mostra-se como uma exceção a esse quadro, pois por lá a Constituição sempre teve ampla normatividade e sempre foi comum a judicialização das questões constitucionais⁴¹. Em outras palavras:

Embora tenha sido fenômenos contemporâneos e tenham compartilhado fundamentos comuns, o constitucionalismo americano e o francês sofreram influências históricas, políticas e doutrinárias diversas. E, em ampla medida, deram origem a modelos constitucionais bem distintos, que só vieram a se aproximar na segunda metade do século XX. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição teve o caráter de documento jurídico, normativo, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. No modelo francês, que se irradiou pela Europa, a Constituição tinha natureza essencialmente política e sua interpretação era obra do Parlamento e não de juízes e tribunais.⁴²

A razão disso decorre do fato de o sistema estadunidense ser misto, pois, embora pertencente à família *common law*, apresenta característica do

⁴⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 203. Com grifos no original.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 147.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 146.

sistema *civil law*. Lá se tem um direito criado pelo Judiciário (*common law*) e outro pelo Poder Legislativo (*statute law*)⁴³.

Além disso, a maior inovação do direito norte-americano relativamente ao modelo inglês foi a mitigação do princípio da Supremacia do Legislativo em face do princípio da Supremacia da Constituição, incumbindo ao Poder Judiciário a vigilância deste princípio, ainda que, conseqüentemente, se tenha a invalidação dos atos do Parlamento. Tem com isso o chamado *judicial review of legislation*⁴⁴.

No direito estadunidense, tanto os juízes quanto os tribunais podem exercer essa revisão da legislação em face da Constituição, por meio do controle difuso. À Suprema Corte, porém, é destinado o principal papel de interpretação constitucional, devido ao princípio do *stare decisis*, que confere força vinculante aos seus julgados⁴⁵.

Passa-se agora a tratar do movimento Neoconstitucional no Brasil.

2.2 Do Neoconstitucionalismo no Brasil

No Brasil, a ideia de força normativa da Constituição somente floresceu após o fim do regime militar e com a edição da CRFB/88, a qual dispôs constituir a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*).

Aqui, o fenômeno da abertura do sistema jurídico para novos intérpretes da Constituição, com um Poder Judiciário atuante em defesa dos

⁴³ A diferença reside no fato de que, “[...] enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente a jurisprudência, na *Common Law* [dos Estados Unidos] o caminho é inverso: primeiro os *cases* e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita.” (SOARES, Guido Fernando Silva. **Teoria do Estado**: Introdução. p. 39.).

⁴⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 294-295.

⁴⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 295.

Direitos Fundamentais e sempre com vista à Constituição, com poder de rever leis e atos normativos do Poder Público, tanto em sede de controle concentrado quanto difuso de constitucionalidade, também chegou, embora um pouco mais tarde.

Com efeito, a CRFB/88 consagrou a redemocratização no Brasil, trazendo em seu conteúdo um rol bastante amplo de Direitos Fundamentais, conferindo-lhes aplicabilidade imediata (artigo 5º, parágrafo 1º) e elevando-os ao grau de cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV). Ao reforçar o papel do Poder Judiciário, fortaleceu sua independência, criando inúmeros remédios constitucionais. Previu, ainda, dois critérios para o exercício do controle de constitucionalidade jurisdicional, a saber, o difuso e o concentrado. Em relação a este último, a CRFB/88 aumentou significativamente a gama e os legitimados⁴⁶.

Nesse ponto, importante registrar que o controle difuso, também chamado de incidental, segundo o qual, na análise do caso concreto, o magistrado pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, é inspirado no modelo americano. Por outro lado, o controle concentrado, conhecido também por abstrato, que permite que leis e atos normativos sejam levados a uma corte constitucional, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, para análise em tese de sua (in)constitucionalidade, é importado do direito europeu⁴⁷.

Apresentadas essas observações acerca do Constitucionalismo e do Neoconstitucionalismo, passa-se à análise de alguns aspectos destacados a respeito da atuação judicial no Brasil.

⁴⁶ A legitimidade, antes da Constituição Federal de 1988, era exclusiva do Procurador-Geral da República (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51). Hoje, o rol é bem mais amplo, conforme se depreende do art. 103 da Constituição Federal. *In verbis*: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.).

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Thesis Juris**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 24.

3 Aspectos relevantes acerca da atuação judicial no Brasil

3.1 Da judicialização e do ativismo judicial

Todos esses fatores – a redemocratização do Brasil; o movimento de constitucionalização abrangente; o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil – contribuíram para o fenômeno da judicialização da política, das relações sociais, enfim, da vida, que consiste “[...] em uma espécie de ‘fuga’ cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários.”⁴⁸.

Ao lado da judicialização, tem-se observado outro movimento do Poder Judiciário, o denominado “ativismo judicial”, cujas origens remontam à jurisprudência estadunidense, especialmente a partir da década de 50 do século passado, quando a Suprema Corte passou a produzir uma jurisprudência progressista relativamente aos Direitos Fundamentais. Segundo Barroso, ao contrário da judicialização em que o Poder Judiciário é chamado a decidir e, no exercício de suas funções, tem o dever de, presentes todos os requisitos, analisar o mérito, o ativismo judicial aponta para uma postura mais ampla e intensa do Poder Judiciário na efetivação dos valores e finalidades previstos na Constituição, interferindo de modo mais amplo no campo de atuação dos demais Poderes⁴⁹. Para o autor:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) 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 imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁵⁰

⁴⁸ VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Ano Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 408.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. p. 25-26.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. p. 26.

A análise da jurisprudência produzida no Brasil hoje aponta para um Judiciário ativista. São exemplos dessa atuação: a decisão do STF quanto à fidelidade partidária, no sentido de que a vaga no Congresso Nacional é do partido político, e não do parlamentar, criando, dessa maneira, uma nova situação de perda de mandato legislativo, além daquelas já previstas na Constituição; com apenas um julgado, a edição de súmula vinculante estendendo a vedação do nepotismo ao Legislativo e ao Executivo⁵¹.

Diante disso, floresce no cenário brasileiro atual o debate acerca dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário, sobretudo no marco do Estado Democrático de Direito, o que será objeto de algumas breves ponderações no próximo tópico.

3.2 LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

De um lado, um Judiciário independente com papel político cada vez mais destacado na preservação dos fins e valores constitucionais. De outro, um órgão não eleito interferindo cada vez mais no cenário político nacional.

Em sua atuação política, o Judiciário é a porta de entrada para as minorias e grupos sociais excluídos. Além disso, na atuação judicial, são colocadas expectativas de concretização dos ideais democráticos. Ao contrário, o Judiciário, como solucionador das lides, não é visto com tão bons olhos, sendo alvo recorrente de críticas, por conta de sua morosidade e do conteúdo de suas decisões. Neste sentido, a Justiça:

[...] está completamente sobrecarregada e tem imensa dificuldade em dar conta do volume de litígios com que é defrontada. É lenta e é ineficiente no desempenho de inúmeras atividades fundamentais como, por exemplo, a recuperação de créditos inadimplidos. Vista como prestadora de serviços de solução de conflitos privados, ela é encarada com pessimismo e ansiedade, passando a estar submetida, por conta disso, a toda uma agenda de reformas, concentrada no tema da eficiência na gestão do serviço judiciário.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. p. 26.

Ainda nessa linha, com a chamada “Reforma do Judiciário”, por intermédio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, foi instituída a possibilidade de o Poder Judiciário editar súmulas vinculantes⁵², após decisões reiteradas sobre determinada matéria constitucional, que terá força vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas. E mais, havendo ato administrativo ou decisão judicial que contrarie a súmula ou que a aplique indevidamente, caberá reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, que poderá anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial.

A questão das súmulas vinculantes divide a opinião jurídica nacional. Há aqueles que defendem o instituto sob os seguintes argumentos: 1) reforça a segurança jurídica; 2) favorece a justiça impessoal e isonômica na medida que uniformiza as decisões judiciais sobre o mesmo assunto; 3) permite a resolução, de uma só vez, de causas repetitivas⁵³.

Por outro lado, muitos juristas criticam o instituto, com base nas seguintes ponderações: 1) ele fere a independência dos magistrados; 2) permite ao Judiciário a criação legislativa, em usurpação às atribuições do Legislativo e violação à separação de poderes; 3) adoção de uma característica típica do sistema *common law*, qual seja, a vinculação das decisões proferidas pela Suprema Corte (*stare decisis*), por um país vinculado à tradição romano-

⁵² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.).

⁵³ SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. Reflexões acerca da súmula vinculante no Brasil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11962. Acesso em: 13 jul. 2015.

germânica, que tem na lei seu fundamento; 4) prejudica a evolução do direito, uma vez que diminui as discussões sobre temas jurídicos sumulados; 5) ignora a singularidades dos casos concretos⁵⁴.

A respeito das súmulas vinculantes, colhe-se o entendimento de Eros Roberto Grau:

Era mais jovem nos anos 90, e, com entusiasmo de jovem, esbravejei em mais de uma conferência, e em aulas, contra a então proposta de criação da *súmula vinculante*.

Sua prática já não me inspira cuidados. Porque está bem claro, para mim, que a *súmula vinculante*, resultante de uma reiteração de decisões do Tribunal (= normas de decisão) firmadas em um mesmo sentido, é um *texto normativo* sujeito a interpretação pelos que a aplicarão.

Permito-me breve alusão ao quanto tenho também sistematicamente afirmado: *texto normativo* e *norma* não se confundem; a interpretação do direito consiste na produção, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas.^[...] O enunciado das decisões do Tribunal firmadas em um mesmo sentido – isto é – a *súmula* – já não é mais *norma*, senão um novo *texto normativo* que o STF enuncia no exercício de *função normativa* a ele conferida pelo art. 103-A da CF. Devo enfatizar este ponto: a *súmula vinculante* é *texto normativo* sujeito a interpretação a fim de que possa, ou não, ser aplicada a cada caso.⁵⁵

Outro ponto que muito se discute doutrinaria e jurisprudencialmente é a questão do controle judicial da Administração Pública e das leis e, em especial, das políticas públicas.

Nessa linha, Felipe de Melo Fonte afirma que o Judiciário possui legitimidade para fazer o controle da Administração Pública e da legislação, com base na CRFB/88, em matéria de Direito Fundamental ou não⁵⁶. Todavia, no tocante às políticas públicas, para o autor, o controle judicial deve ser orientado pelos Direitos Fundamentais, sob pena de afronta ao princípio democrático, por invasão do espaço em que deve preponderar a soberania popular e o princípio majoritário⁵⁷.

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. As Súmulas Vinculantes e o Controle Panóptico da Justiça Brasileira. **Argumentum**: Revista de Direito. Marília: Unimar, v. 4, p. 13-34, 2004.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 344-345. Com grifos no original.

⁵⁶ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

⁵⁷ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e direitos fundamentais**. p. 82.

Ainda no que diz respeito às políticas públicas, Ada Pellegrini Grinover⁵⁸ e Nilva M. Leonardi Antonio⁵⁹ confirmam a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o seu controle, sem agressão ao princípio democrático, desde que para assegurar os objetivos fundamentais adotados pelo Brasil na CRFB/88.

Registre-se, finalmente, que existe uma infinidade de abordagens a se fazer relativamente aos limites e possibilidades da atuação judicial, o que, literalmente, não cabe neste trabalho. Deste modo, foram levantados apenas alguns aspectos relevantes a respeito deste debate, ficando aberta a temática para outros apontamentos em trabalhos futuros.

O que se conclui do que foi apresentado nas linhas acima é que, apesar das críticas e das defesas à atuação ativa do Judiciário, é cediço que este Poder é corresponsável na concretização da Constituição, sobretudo dos Direitos Fundamentais.

Nesse contexto, entende-se que não pode o Judiciário manter a postura distante de outrora, em que desempenhava a função de mero aplicador robotizado da lei, pois hodiernamente desempenha papel fundamental na efetivação dos valores constitucionalmente consagrados.

Destarte, a atuação dos magistrados deverá ser pautada na solução das lides, sempre com vistas à efetivação das escolhas constitucionais em matéria dos Direitos Fundamentais.

Considerações Finais

Atualmente, e a cada dia mais, floresce no cenário brasileiro o debate acerca dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário, sobretudo no marco do Estado Democrático de Direito.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. p. 149.

⁵⁹ ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. p. 208

Vive-se em um período em que se presencia, de um lado, um Judiciário independente com papel político cada vez mais destacado na preservação dos fins e valores constitucionais. De outro, um órgão não eleito interferindo cada vez mais no cenário político nacional.

Assim, visando equacionar essas questões, aparentemente paradoxais, o presente estudo se iniciou com uma pesquisa histórica a respeito do sistema jurídico adotado pelo Brasil, qual seja, o romano-germânico, constatando-se que essa filiação decorreu, em especial, devido à colonização dos portugueses.

Observou-se, nesse tópico, que o Brasil trouxe para as suas Constituições o princípio da separação de poderes, o qual permanece na CRFB/88, em seu artigo 2º. Igualmente, incorporou as demais características do sistema *civil law*, tais como predominância do direito positivo (da lei escrita), tendência à codificação do direito, utilização do método dedutivo de subsunção do fato concreto à lei.

Ainda no campo da pesquisa histórica, pode-se perceber que, resultado das revoluções liberais – a inglesa (1688), a norte-americana (1776) e a francesa (1789) –, emergiu o Constitucionalismo, movimento baseado no princípio da separação de poderes, na Constituição e nos direitos individuais. O Constitucionalismo desse contexto histórico pautava-se na asseguuração das garantias dos seres humanos e carregava a bandeira dos Direitos Fundamentais.

Em um segundo momento, constatou-se, todavia, que, apesar da consagração dos Direitos Fundamentais por meio do Constitucionalismo, até a Segunda Guerra Mundial, tais Direitos somente eram exigíveis se previstos também na legislação infraconstitucional, uma vez que as Constituições não detinham força normativa, permanecendo a lei como principal fonte do direito.

Após a Segunda Guerra Mundial – no Brasil após a edição da CRFB/88 –, com a constatação de que as maiorias políticas podem praticar ou ser coniventes com a barbárie, a perspectiva em relação às Constituições se modificou, pois estas passaram a prever instrumentos para proteger os Direitos Fundamentais, inclusive do próprio legislador.

À luz dessa nova perspectiva, e diante da necessidade de efetivação dos Direitos Fundamentais, especialmente em um cenário de demandas cada

vez mais complexas, os critérios de resolução das lides pensados pelos juspositivistas, a exemplo da subsunção do fato concreto à lei, não mais eram suficientes para resolver os problemas jurídicos que batiam à porta do Judiciário.

Percebeu-se, assim, que, para solucionar tais questões, surgiu um novo movimento jurídico, pautado na ideia de força normativa da Constituição, na propagação da jurisdição constitucional e na construção de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Tal movimento recebeu o nome de Neoconstitucionalismo.

Constatou-se que, com esse movimento, a visão tradicional da separação de poderes, impositora de rígidos limites à atuação dos poderes, dá lugar à uma nova concepção, em que o Poder Judiciário é autorizado a atuar em prol dos valores constitucionais. As visões estritas do princípio democrático cedem espaço para ideias voltadas à democracia substancial, que restringe os poderes do Legislativo em observação aos Direitos Fundamentais e à proteção das minorias. No lugar da lei como fonte principal do direito, aflora a ideia de que a centralidade do ordenamento jurídico está na Constituição, que condiciona toda a ordem jurídica.

Apresentadas essas observações acerca do Constitucionalismo e do Neoconstitucionalismo, o que demonstrou inexistir contradição entre a adoção pelo Brasil do sistema jurídico romano-germânico, e a atuação do Poder Judiciário voltada aos fins constitucionalmente previstos, no terceiro tópico, passou-se à análise de alguns aspectos destacados a respeito da atuação judicial no Brasil, notadamente acerca dos limites e possibilidades dessa atuação.

Diante da infinidade de abordagens, que o presente artigo não comportaria, foram levantados apenas alguns aspectos relevantes a respeito deste debate, ficando aberta a temática para outros apontamentos em trabalhos futuros.

Conclui-se que, apesar das críticas e das defesas à atuação ativa do Judiciário, é cediço que este Poder é corresponsável na concretização da Constituição, sobretudo dos Direitos Fundamentais.

Por isso, o Judiciário não pode manter a postura distante de outrora,

em que desempenhava a função de mero aplicador robotizado da lei, pois hodiernamente desempenha papel fundamental na efetivação dos valores constitucionalmente consagrados, estando legitimado a agir em prol dos Direitos Fundamentais.

Destarte, a atuação dos magistrados deverá ser pautada na solução das lides, sempre com vistas à efetivação das escolhas constitucionais em matéria dos Direitos Fundamentais.

Referências Bibliográficas

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. Coleção Ensaios do Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3 570 p.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 183-212, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Thesis Juris**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 28 nov. 2015.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004, 331 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acesso em: 9 jul. 2015.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de política**: de A a J. Tradução de Carmem C. Varriale et al. 5 ed. Brasília: UNB, 2004. Título original: *Dizionario di política*.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone Editora, 1995. Sem informação do título original.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhnē - Revista de Estudos Politécnicos Polytechnical Studies Review**, Barcelos/Portugal, v. VIII, n. 13, 2010. p. 7-18. Disponível: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci_arttext. Acesso em: 31 out. de 2015.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. Título original: *Histoire des idées politiques*.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial de Gabriel Real Ferrer. Org. e rev. de Lucas de Melo Prado. Itajaí: Univali, 2012.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Sem título original no exemplar utilizado).

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 4, edição especial, p. 1433-1464, 2014. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 28 out. 2015.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 125-150, 2013.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. 2003. Disponível em: http://georgemlima.blogspot.com/2007/08/doutrinando_09.html. Acesso em: 10. jul. 2015.

MENDONÇA, Paulo Roberto S. Glosadores. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 382-383.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Brasil. **A ONU e o meio ambiente**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 31 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Resolução n. 41-128. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 31 out. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed., rev. e amp. Itajaí: Univali, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 13 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

POLI, Luciana Costa. Por um Ativismo Pró-sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 2, maio-ago, p. 179-195, 2013. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 29 out. 2015.

SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. Reflexões acerca da súmula vinculante no Brasil. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11962. Acesso em: 13 jul. 2015.

SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONT EUDO=56993. Acesso em: 9 mar. 2011. 36 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 197p.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: Introdução. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 73.

STRECK, Lênio Luiz. As Súmulas Vinculantes e o Controle Panóptico da Justiça Brasileira. **Argumentum: Revista de Direito**. Marília: Unimar, vol. 4, 2004. p. 13-34.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Ano Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**. São Paulo, vol. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 407-440.