



**O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E O PROTAGONISMO DO PODER
JUDICIÁRIO: O CASO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**THE NEOCONSTITUCIONALISM IN BRAZIL AND THE JUDICIARY CENTRAL
ROLE: THE CASE OF BRAZILIAN SUPREME COURT**

George Sarmiento Lins Júnior¹
José Ailton da Silva Júnior²

RESUMO

O neoconstitucionalismo é um movimento jusfilosófico que tem como pressuposto básico a prevalência e a normatividade da Constituição, resultando uma série de efeitos colaterais a partir dessa descrição. É pacífico, na doutrina, a inexistência de uma conceituação única para o vocábulo “neoconstitucionalismo”, porém, mesmo com tamanha indefinição conceitual, é inequívoca a importância dos ideais neoconstitucionais na seara jurídica após a Segunda Guerra Mundial, em especial na Europa, e após a redemocratização de diversos outros países por todo o mundo, notadamente, na América Latina. Um dos principais efeitos colaterais dos ideais neoconstitucionalistas é o protagonismo do Poder Judiciário, que se afasta de sua ordinária atividade passiva, de “mera boa da lei”, para a de um dos principais atores da atividade de concretização dos direitos consagrados nos ordenamentos dos Estados. Neste texto, após a apresentação do neoconstitucionalismo, expomos as críticas da doutrina ao mesmo e, por fim, como esse movimento conseguiu espaço no nosso Poder Judiciário e tem sido utilizado para fundamentar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em alguns casos.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Poder Judiciário. Protagonismo.

ABSTRACT

The neo constitutionalism is a jusfilosofical movement that has as its basic assumption the prevalence and the normativity of the da Constitution, resulting some collateral effects from this description. It is pacific, in the doctrine, the inexistence of a unique conception to the term “neo constitucionalism”, but, despite this conceptual indefinition, it is unequivocal the importance of the neo constitucionalisms purposes in the judicial area after the Second World War, in especial in Europe, and the re-democratization of some other countries around the world, especially, in Latin America. One of the main collateral effects of the neo constitucionalists purposes is the central role of the Judiciary, that divert its ordinary passive activity, from “simple law mouth”, to the most important actor of the concretion of the fundamental rights ordained at the States Law activity. In this text, after the neo constitucionalism apresentação, we explain the doctrine critiques to that movement and, at

¹ Pós-Doutor em Direito pela Université Aix-Marseille. Professor do PPGD da Universidade Federal de Alagoas.

² Mestrando do PPGD da Universidade Federal de Alagoas. Professor da Faculdade Sertão Alagoas.



last, how it get space in our Judiciary and has been used to base the positioning of the Brazilian Supreme Court in some cases.

Keywords: Neo constitucionalism. Judiciary. Central role.

1 Introdução

O movimento denominado pela doutrina de “neoconstitucionalismo” tem sido frequentemente alvo de críticas da doutrina especializada.

Grande parte dessa crítica é oriunda a partir da leitura da obra editada pelo Professor Miguel Carbonell (2003), chamada “Neoconstitucionalismo(s)”. O principal alvo das críticas é a constatação do aludido professor mexicano de que o movimento não possui uma linha conceitual definida, não sendo possível identificar um único movimento neoconstitucionalista, mas vários movimentos independentes que se apresentam como sendo parte desse todo.

Essa indefinição conceitual gera um certo caos terminológico e possibilita que várias pessoas, com formações teóricas de base aparentemente inconciliáveis, possam ousar se arvorarem na qualidade de neoconstitucionalistas e muitas vezes, recorrendo a alguns fundamentos básicos desse movimento, chegarem, em situações semelhantes, a resultados interpretativos diversos.

Tal situação ganha relevo na seara constitucional, quando o movimento aponta para um redirecionamento de várias discussões de interesse coletivo da esfera do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, gerando, em alguns temas, tensões que colocam em risco a harmonia entre as funções do Estado.

Este artigo objetiva apresentar de uma forma clara e direta como a doutrina tem observado esse movimento e como tem elogiado ou mesmo criticado alguns de seus princípios basilares e a ausência de uma definição conceitual do termo, bem como investigar, de forma singela, os reflexos de uma compreensão equivocada do movimento neoconstitucionalista nas relações entre os Poderes constituídos do Estado.



2 O que é o Neoconstitucionalismo

2.1 Primeiras noções

Como já mencionado acima, é praticamente impossível, de uma forma técnica e precisa, definir o que seria o movimento neoconstitucionalista, seja pelo fato de não possuir este uma origem geográfica notável, nem mesmo uma corrente jusfilosófica clara, as quais estejam ligadas.

De início, é importante anotar que, segundo Daniel Sarmiento (2009), essa discussão sobre o movimento neoconstitucionalista ocorre, com maior vigor, porém sem exclusividade, nos países de tradição latina, tanto na Europa, quanto nas Américas (Espanha, Itália, Brasil, Argentina, Colômbia, México, etc), além de outros países considerados de Terceiro Mundo como África do Sul e Índia. Porém, afirma o autor que este tema é completamente ignorado em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos e da Alemanha.

Sarmiento (2009) ainda destaca que vários dos que se denominam neoconstitucionalistas buscam fundamento teórico de base em jusfilósofos de correntes bastante heterogêneas, tais como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino. Anote-se que nenhum se definiu em algum momento como neoconstitucionalista, chegando até ao ponto de, no caso de Santiago Nino, ter este falecido antes mesmo desse movimento nascer e ser denominado de Neoconstitucionalismo.

A diversidade da teoria de base pode ser observada quando verificamos, dentre os jusfilósofos acima mencionados, representantes de “linhas positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas” (SARMENTO, 2009).

Para ratificar seu posicionamento, Daniel Sarmiento (2009) aponta alguns exemplos: Luigi Ferrajoli, Luiz Prietro Sanchís, Ricardo Guastini e Suzana Pozzolo, que são positivistas, não reconhecem a existência de uma obrigatória ligação entre Direito e Moral, contudo aceitam que pode existir uma zona de interligação entre estas esferas, desde que as autoridades competentes deem força jurídico-normativa a determinados valores morais, positivando-os; doutra banda, onde estão Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e seus seguidores, que são considerados não-positivistas, há o entendimento de que



Moral e Direito possuem uma necessária interligação, independentemente da positivação dos valores, aderindo à conhecida tese de Gustav Radbruch, no sentido de que normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, seja qual for o entendimento dado a elas pelas fontes oficiais de elaboração do ordenamento.

É exatamente essa heterogeneidade conceitual de base que explica a escolha de Carbonell (2003) em denominar a obra já referida como “Neoconstitucionalismo(s)”, com o termo em estudo colocado com a possibilidade de sua flexão para o plural. Nesse sentido é a lição de Sarmiento (2009), ao comentar essa opção do professor mexicano:

Não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.

2.2 A tentativa didático-metodológica de Luís Roberto Barroso

Apesar de todas essas dificuldades para a elaboração de um conceito aceitável do ponto de vista científico sobre o neoconstitucionalismo, em especial sobre a perspectiva jusfilosófica a ser adotada, Barroso (2005), com grande propriedade, em artigo denominado “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, pontuou alguns elementos que auxiliam na construção desse conceito.

Frisa Barroso (2005) que o Neoconstitucionalismo, apesar das críticas em sentido contrário e já mencionadas neste texto, possui marcos histórico, filosófico e teórico definidos e que estes seriam o norte para a definição do movimento.

2.2.1 *O Marco Histórico*

Segundo Barroso (2005), o marco histórico do novo direito constitucional, no âmbito da Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, notadamente na Alemanha e na Itália.



Anota Barroso (2005) que, imediatamente após o término da 2ª Guerra Mundial, a elaboração das Cartas Constitucionais Italiana (1947) e Alemã (1949) e a criação e instalação de seus Tribunais/Cortes Constitucionais, nos respectivos países nos anos de 1956 e 1951, impulsionou a produção teórica e jurisprudencial nestes países na seara do Direito Constitucional e, conseqüentemente, expandiu a discussão sobre esta matéria nos demais países de tradição romano-germânica.

Esse processo no âmbito europeu foi fortalecido após o processo de redemocratização em Portugal e Espanha e a elaboração de novas Constituições nestes países, nos anos de 1976 e 1978, respectivamente.

Já no Brasil, o marco histórico teria sido a promulgação da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela auxiliou a protagonizar.

Destaca Barroso (2005) que, sob esta Constituição, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração, fato que pode ser comprovado com o surgimento de um tímido, porém real e sincero, sentimento constitucional no país.

2.2.2 O Marco Filosófico

Sob o plano filosófico, anota Barroso (2005) que o neoconstitucionalismo tem como seu marco o pós-positivismo³, consubstanciado na confluência de duas correntes o jusnaturalismo e o positivismo, que, aparentemente opostos, em determinados pontos se complementam.

Segundo ele, com a ascensão do positivismo, houve o afastamento da aplicação dos postulados jusnaturalistas, que passaram a ser considerados metafísicos e anticientíficos. Foi apogeu daquela corrente, a qual equiparou o Direito à lei, distanciando-o da filosofia e de outras discussões como a de justiça e de legitimidade.

³ Importante a lição de Atienza: “Creio que estas mudanças terminológicas são o sintoma de uma mudança verdadeiramente de fundo. Em minha opinião, assim como o tempo histórico do Direito Natural se concluiu a muito tempo com o fenômeno da positivação do Direito, o positivismo jurídico (mais recentemente) concluiu também seu ciclo, como conseqüência da constitucionalização dos direitos. Neste sentido, pós-positivismo me parece uma denominação preferível às outras, porque sugere a idéia de um processo e de uma fase do mesmo posterior à do positivismo. Porém não me parece que seja de todo adequada para referir-se a autores como Dworkin, Alexy ou Nino e na qual eu também me situo.” (ATIENZA, M. Resposta. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia R. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 46)



Contudo, os horrores da Segunda Grande Guerra, alicerçada juridicamente, em especial na Alemanha (nazismo) e Itália (fascismo), no princípio da legalidade, reabriu a discussão sobre a necessidade da análise da ética e dos valores na interpretação e na aplicação do direito.

Salienta Barroso (2005) que se por um lado verificamos a superação histórica do jusnaturalismo, por outro lado observamos a derrocada política do positivismo. É exatamente nesse vácuo que há o caminho para o pós-positivismo – uma corrente que pretende ir além do positivismo estrito, sem, contudo, desprezar o direito reconhecido oficialmente pelo Estado, bem como realizar uma interpretação valorativa do direito, baseada na ética e na moral, sem, com isso, buscar fundamentações ou categorias metafísicas.

2.2.3 O Marco Teórico

Por fim, no plano teórico, Barroso (2005) aponta três grandiosas modificações que suplantaram o entendimento comum acerca da aplicação do Direito Constitucional.

A primeira dessas modificações é o reconhecimento da força normativa da Constituição, superando o modelo clássico europeu que a compreendia como um documento político de convite à atuação dos entes estatais.

Pontua Barroso (2005) que é a partir da reestruturação das Constituições Europeias, logo após a Segunda Guerra Mundial, inicialmente na Alemanha⁴, mas posteriormente na Itália, em Portugal⁵ e na Espanha⁶, que passou a ser concebido que as normas constitucionais, assim como as demais normas jurídicas, possuem imperatividade, podendo, em caso de sua violação, serem invocadas e darem início a procedimentos específicos de coação e cumprimento forçado.

No Brasil, essa compreensão da força normativa constitucional somente veio a tona com a promulgação da Constituição de 1988.

Nesse cenário, teve destaque profundo a vanguarda oriunda das decisões dos Tribunais e a produção doutrinária nacional que, orientada pela produção já avançada na Europa e notadamente os ensinamentos da doutrina portuguesa, em especial as lições de Canotilho e

⁴ Sobre esse tema é de grande importância a obra de Konrad Hesse: *A Força Normativa da Constituição* (1959), traduzida no Brasil pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, e publicada em 1991.

⁵ Destacam-se importantes trabalhos publicados pelos Professores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira.

⁶ Na Espanha, há destaque para os trabalhos do Professor Garcia de Enterría.



Vital Moreira, trouxe ao Brasil essa ideia que já se encontrava praticamente consolidada na Europa.

Outra modificação foi a expansão da jurisdição constitucional, fenômeno que, inicialmente observado na Europa, pôde ser visto também no Brasil.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, com a elaboração de novas Constituições em vários países da Europa, houve também nesse contexto a criação de Tribunais Constitucionais. Inicialmente na Alemanha (1951), foram criados também Tribunais Constitucionais na Itália (1956), Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982), etc. Frisa Barroso (2005) que, em toda a Europa, apenas o Reino Unido, a Holanda e Luxemburgo não possuem o modelo de *judicial review*.

Esse movimento também foi visto na África, com a criação de Tribunais Constitucionais na Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003).

No Brasil, prevalecia, desde a primeira Constituição Republicana (1891), o modelo do controle difuso ou incidental de constitucionalidade. A partir da Emenda 16/65, é que foi introduzido no sistema pátrio o controle abstrato de constitucionalidade, o qual foi expandido com o advento da Constituição de 1988.

Barroso (2005) atribui a Carta de 1988 a expansão da jurisdição constitucional, em razão desta ter ampliado, substancialmente, o número de legitimados para a proposição de ações nesse viés.

Este cenário favoreceu a importância política do Poder Judiciário, que obteve uma alteração de *status*. De um poder quase “nulo” (mera “boca que pronuncia as palavras da lei”), na concepção de Montesquieu⁷, para um protagonismo.

Esse protagonismo concede maior espaço ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.

Deflui-se dessas considerações que o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é, então, apreciado, especialmente, sob uma perspectiva interna, do sujeito que participa dos processos que se relacionam com a sua

⁷ Anota o grande Norberto Bobbio que, na ideia de Montesquieu, “[...] a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e o próprio e o juiz que poria subrepticamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador.” (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por N. Morra. Tradução de M. Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 40).



interpretação e aplicação, deixando a perspectiva externa a um papel subalterno, do observador⁸.

Apesar dessa democratização do acesso à jurisdição constitucional, o que se verificou foi, na prática, a sobrecarga dos Órgãos do Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, fato este que fundamentou a opção política, no âmbito da Reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº. 45/2004), pela introdução de uma filtragem desse acesso à Suprema Corte, com a criação da chamada repercussão geral, enquanto requisito legal de admissibilidade recursal.

Por fim, tais elementos apontam para a necessária e última transformação, qual seja: a nova interpretação constitucional.

A partir dessas modificações, verificou-se que os meios clássicos de interpretação normativa (métodos: gramatical, histórico, sistemático e teleológico), bem como os mecanismos de soluções de eventuais conflitos normativos (hierárquico – norma superior prevalece sobre a inferior –, o temporal – norma posterior prevalece sobre a anterior –, e o especial – norma especial prevalece sobre a geral) não seriam suficientes para a realização da complexa interpretação constitucional.

Surge, então, nesse cenário, um novo rol de princípios instrumentais aptos à aplicação na interpretação constitucional: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade (BARROSO, 2013, p. 321-329).

Estes princípios, contudo, devem ser aplicados com metodologia adequada, evitando aquilo que Silva (2005) criticou⁹ ao chamar de “sincretismo metodológico”. Este

⁸ Esta obsessão pelo Poder Judiciário ocasiona uma aparente desconsideração das atividades desenvolvidas por outros órgãos, tal qual o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. Isso ocasiona, ao menos em tese, uma luta de forças: entre os intérpretes políticos da constituição (legisladores) e os intérpretes jurídicos da mesma (os julgadores).

⁹ Afirma Virgílio Afonso da Silva que “[...] não é de se estranhar que em trabalhos sobre métodos e princípios de interpretação constitucional não costumam ser usados exemplos concretos de sua aplicação prática. [...] Talvez porque essa demonstração seja impossível.

Exemplos de que isso é assim existem em grande número. Limitar-me-ei, contudo, a alguns poucos deles.

(1) Como harmonizar a ideia de unidade da constituição com a existência de colisão de direitos fundamentais?

(2) Como conciliar o método estruturante e a ideia de sopesamento?

(3) Como compatibilizar o método clássico – que, na versão de Forsthoff, tem cariz marcadamente positivista – com o método estruturante, explicitamente pós-positivista?

(4) Como articular, por fim, um catálogo tópico de princípios de interpretação com métodos que não tratam princípios como *topoi*?”. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da.(Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 135-136.



“sincretismo”, no entanto, quando exercido de forma consciente e coerente, é defendido por Barroso (2005).

Em síntese, nesse panorama, o neoconstitucionalismo impõe uma nova abordagem, avançando em relação à simples subsunção, silogismo ou mesmo no reconhecimento da discricionariedade política do intérprete (atividade criativa do juiz, por exemplo, nos casos difíceis, considerados aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável.

Além disso, a racionalidade passa a ser compreendida dentro da argumentação utilizada para resolução de determinadas questões práticas que o direito deve equacionar.

2.3 O que se pode, enfim, entender por neoconstitucionalismo?

Pelo que se pode verificar da doutrina que trata do tema, o neoconstitucionalismo é um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos Tribunais, que tem ocasionado mudanças no estudo do Direito, inclusive no Brasil.

Caso tentássemos sintetizar essas mudanças, certamente chegaríamos a uma conclusão: é impossível conceituar o neoconstitucionalismo, porém é cabível a identificação dos seus caracteres típicos.

Segundo Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 286), são estas as principais características do neoconstitucionalismo:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e
- e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

3 As críticas ao neoconstitucionalismo: o pensamento de Humberto Ávila



Apesar de grandes doutrinadores pátrios apontarem grandes avanços na aplicação do direito no Brasil ocasionada pelo movimento neoconstitucionalista, outros¹⁰ apontam riscos que colocariam em xeque as “boas intenções” desse movimento.

Dentre os mais severos críticos desse movimento no Brasil, apontamos, de forma destacada, as observações apresentadas pelo Professor Humberto Ávila.

Em interessante artigo denominado “‘Neoconstitucionalismo’: Entre a ‘Ciência do Direito’ e o ‘Direito da Ciência’”, Ávila (2009) apresenta uma série de objeções à aplicação irrestrita das ideias neoconstitucionalistas.

Um dos pontos primordiais da crítica de Ávila (2009) é o chamado deslocamento dos fundamentos normativos, metodológicos, axiológicos e organizacionais da interpretação e aplicação do direito.

3.1 A questão dos fundamentos normativos

A partir de suas conclusões na obra “Teoria dos Princípios”, Ávila (2009) destaca que as normas e os princípios funções diferentes, o que afastaria a possibilidade de alçar a primazia de uma em relação à outra.

Analisando a Constituição Brasileira de 1988, ele chega a conclusão de que aquela não é principiológica, já que, seu caráter analítico aponta a proeminência numérica das regras em relação aos princípios.

Essa constatação ocasionaria dois problemas, um de ordem científica e outro de ordem metodológica.

Cientificamente, a afirmação de que a Constituição Brasileira possuiria mais princípios que regras seria falsa, já que não seria corroborada pela experiência prática de análise.

Metodologicamente, tendo os princípios funções diversas das realizadas pelas regras, aqueles não poderiam, validamente, dentro de um mesmo plano, afastar a incidência de uma regra. Essa constatação implicaria na impossibilidade de o intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a utilização destes em detrimento da regra, pois, nessa situação, o próprio Poder Constituinte fez uma escolha que não pode ser desconsiderada.

¹⁰ Encontram destaque, nesse cenário, as críticas apresentadas por José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis e Humberto Ávila.



3.2 A questão dos fundamentos metodológicos

Através de um questionamento, Ávila (2009) aponta o problema metodológico da interpretação sob a perspectiva do neoconstitucionalismo.

Questiona o autor: “deve o paradigma da ponderação ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico?”. Ele próprio responde que não, já que a ponderação não poderia ser aceita como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico.

Para fundamentar seu posicionamento, ele destaca primeiramente que a adoção da ponderação como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico levaria “um ‘antiescalonamento’ (*Entstufung*) da ordem jurídica”. Assim, o paradigma da ponderação, se aplicável universalmente, conduziria “a uma constitucionalização da ordem jurídica (*Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*)”.

Outro ponto de afastamento dessa tese, para o renomado professor, seria o fato de que a adoção da ponderação de modo universal teria como efeito o aniquilamento das regras e do exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa.

Frisa Ávila (2009):

Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo. Se a própria Constituição não contém regra a respeito de determinada matéria, antes reservando ao Poder Legislativo a função de editá-la, se ele exercer a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos limites constitucionais, aliás também fornecidos pelos princípios constitucionais, especialmente os formais, a mera desconsideração da regra legal (que, insista-se não se confunde com a interpretação conforme a Constituição, nem com interpretação mediante extensão ou restrição teleológicas, nem, ainda, com a não-aplicação de regra geral a caso particular por meio do postulado da razoabilidade) culmina com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por consequência, do princípio da separação dos Poderes. Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais — os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte). Esse primeiro paradoxo conduz a um segundo: quando tudo está na Constituição, e nada na legislação que deveria estar conforme a ela, a supremacia constitucional perde seu significado, pois a Constituição deixa de servir de referência superior pela inexistência ou irrelevância do elemento inferior. Privilegia-se



a supremacia constitucional, eliminando-a¹¹. Daí a importância de insistir na eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos Poderes e no controle fraco de proporcionalidade como mecanismos de salvaguardar a liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de simplesmente exaltar a importância dos princípios e da ponderação¹².

Por fim, para ele, o paradigma da ponderação implicaria em um subjetivismo intolerável, que poderia ocasionar, em última instância, “à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito”.

Como solução para essa questão, o autor propõe o seguinte:

[...] Em primeiro lugar, o aplicador deve verificar a existência de uma regra constitucional imediatamente aplicável ao caso. Se ela existir, afastada está a ponderação horizontal entre princípios constitucionais eventualmente colidentes, pois, relativamente à hipótese, houve uma ponderação pré-legislativa das razões contrapostas que culminou no regramento constitucional, não cabendo ao aplicador substituir o Poder Constituinte mediante mera desconsideração desse regramento¹³. O dever de não desconsiderar a regra constitucional imediatamente aplicável não impede, por óbvio, o aplicador de, dentro dos limites semânticos da regra e obedecendo às suas funções, interpretar a regra conforme os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes ou a sua finalidade. O que ele não pode é, para casos ordinários, desconsiderar a função específica da regra, desprezando aquilo que ela permite, proíbe ou obriga.

[...]

Em segundo lugar, na inexistência de uma regra constitucional imediatamente aplicável, o aplicador deve examinar a existência de uma regra constitucional que regule a atribuição, o exercício ou a delimitação de uma competência. Nesse caso, tendo o Poder Legislativo editado regra legal por meio do exercício regular da sua liberdade de configuração e de fixação de premissas, sem inequívoca violação do ordenamento constitucional, não pode o aplicador simplesmente desconsiderar a opção legislativa em favor daquela que melhor lhe aprouver ou daquela que entende ser a ótima.

[...]

Em terceiro lugar, caso não haja regra constitucional imediatamente aplicável, nem regra legal editada no exercício regular da função legislativa, ou caso haja uma regra legal que seja incompatível com o estado de coisas cuja promoção é determinada por um princípio constitucional, caberá ao aplicador efetuar uma ponderação dos princípios constitucionais eventualmente colidentes para editar uma norma individual reguladora do conflito de interesses concretamente existente. Mesmo nesse caso, no entanto, essa ponderação deve (a) indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), (b) efetuar a ponderação (ponderação) e (c) fundamentar a

¹¹JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, In: Otto Depenhauer et al. (Org.). **Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee**. Heidelberg: C. F. Müller, 2007. p. 271.

¹²ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105 e 174.

¹³O Supremo Tribunal Federal, em vários casos, já garantiu a prevalência de regras frente a princípios constitucionais. Sobre o assunto, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106-7.



ponderação feita.¹⁴ Nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados¹⁴.

Ávila (2009) arremata que a inobservância de tais requisitos ou fases implica na compreensão de que a ponderação “não passa de uma técnica, não jurídica, que *explica* tudo, mas não *orienta* nada¹⁵. E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma ‘caixa preta’ legitimadora de um ‘decisionismo’ e formalizadora de um ‘intuicionismo moral’”¹⁶.

3.3 A questão dos fundamentos axiológicos

Ávila (2009) aponta que a adoção das teorias neoconstitucionalistas na interpretação do direito leva a uma preponderância “a uma justiça individual, fundada em normas posteriores, individuais e concretas”, em detrimento da “justiça geral, baseada em normas prévias, gerais e abstratas”.

Afirma o autor que a fundamentação da justiça particular residiria no fato de que a análise das particularidades dos casos específicos é o meio mais adequado para a realização da justiça, sugerindo que a aplicação das regras poderia ocasionar resultados injustos.

Isso se daria pelo fato de as regras terem o objetivo de regularem o máximo possível de situações, dando respostas práticas e objetivas a uma ampla diversidade de circunstâncias, o que, sabe-se é praticamente impossível de ocorrer no mundo real.

Essa constatação, segundo Ávila (2009) traz duas consequências.

A primeira é o fato de que, na aplicação da regra, pode ocorrer o fenômeno da “superinclusão” ou “sobre-inclusão”: ou seja, como as regras elegem dados a serem avaliados, aqueles dados por elas não eleitos, a depender do grau de rigidez com que a regra seja avaliada, não podem ser observados no ato de aplicação, o que pode ocasionar, no mundo real, uma solução injusta ou sub-ótima

¹⁴JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, In: **Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee**. Otto Depenhauer e outros (orgs.). Heidelberg: C. F. Müller, 2007. p. 265 e 267.

¹⁵ POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 75- 76.

¹⁶ JESTAEDT, op.cit.. p. 265 e 267.



A segunda é que esse proceder pode ocasionar que alguns fatos, que foram observados pela regra legal, mas que não o deveriam ter sido, a depender do ponto de vista, precisam ser inobservados pelo intérprete, diante do caso específico. É o fenômeno denominado de “sub-inclusão” ou “infra-inclusão”: ou seja, como as regras selecionam fatos, estes que forem por aquelas escolhidos devem ser considerados no ato de aplicação, o que também pode provocar uma solução injusta ou sub-ótima.

Apresenta Ávila (2009), então, os seguintes questionamentos:

[...] se a solução dada pela regra não se apresenta, sob o seu ponto de vista, ainda que alicerçada numa alegada interpretação sistemática e principiológica, como sendo a melhor solução, pode o aplicador desprezar o curso de ação prescrito pela regra quando o caso se enquadra nos seus termos? Em outras palavras: está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, eventualmente desprezando a “solução da lei” em favor da construção da “lei do caso”?

A crítica dele, nesse ponto, ganha certo respaldo quando destaca que a opção por uma justiça geral, ao invés da particular, dá-se pelo fato de que temos uma sociedade plural e complexa, em que os indivíduos, apesar de acordarem em relação acerca dos valores básicos a serem protegidos pelo Estado, não raras vezes divergirão sobre a solução adequada no que tange ao conflito de valores.

Daí residiria a importância das regras, que, previamente postas, incidiriam nas relações sociais e colocariam uma ordem objetiva nos conflitos existentes, reduzindo as incertezas e as arbitrariedades oriundas da sua inexistência ou desprezo e contribuindo para a segurança jurídica.

3.4 A questão dos fundamentos organizacionais

A última severa crítica de Ávila (2009) ao movimento neoconstitucionalista e que, por óbvio, é a que mais importa no presente trabalho, é o deslocamento da prevalência, na solução de conflitos, dos Poderes classicamente destinados a esse mister (Legislativo, especialmente, e Executivo) para o Poder Judiciário.

Afirma Ávila (2009), que tecnicamente inexistente uma solução apropriadamente justa para o caso concreto, mas uma pluralidade de soluções e que necessitam de um Órgão do Estado para realização da escolha que melhor satisfará o conflito.



Nesse diapasão, sem medo de errar, o autor aponta um único Poder capaz de realizar essa escolha, através do debate respeitoso e atento às mais diversas concepções de mundo e valores que seria o Legislativo.

Seria, então, para ele o Legislativo o palco onde se poderia observar a pluralidade de ideias, as quais, devidamente consideradas, poderiam dar aos conflitos que possuíssem uma ampla gama de soluções, não somente um direcionamento para a concretização de uma determinada finalidade, mas, também, vários direcionamentos para sua promoção.

Segundo o professor, não se busca com isso uma diminuição da importância do Poder Judiciário, mas uma valorização do Legislativo, que, aparentemente, foi deixada de lado e “apequenada” com as ideias pregadas pelo movimento neoconstitucionalista.

4 Neoconstitucionalismo e Protagonismo do Poder Judiciário: o caso do Supremo Tribunal Federal

4.1 Localizando a discussão

Como já se discutiu acima, o movimento neoconstitucionalista é saudado por uns, porém criticado por outros, dentre vários motivos, pelo fato de buscar a concretização de valores constitucionalmente estabelecidos, mesmo que para isso tenha que elevar a importância e o protagonismo dos agentes de Estado responsáveis pela solução de conflitos: os membros do Poder Judiciário.

Dentro dessa discussão é motivo de questionamento: seria legal e, principalmente, legítimo esse protagonismo?

É exatamente essa interessante discussão que passaremos a realizar neste trabalho.

4.2 Os fundamentos filosóficos da discussão

Dentro da teoria de divisão das atividades do Estado, formulada arcaicamente por Aristóteles, na obra “Política”, e modernizada nas concepções de Locke e Montesquieu, sempre existiu uma noção certa equivalência horizontal entre os agentes responsáveis por essas atividades.



Porém, é possível identificar tanto na obra desses autores, quanto na de outros importantes filósofos que, nos conflitos, dever-se-ia preservar a opção dada pelo Poder Legislativo, uma vez que efetivo representante do povo.

Afirmou Rousseau (1981, p. 96):

O poder legislativo é o coração do Estado, o poder executivo é o cérebro, que dá o movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia e o indivíduo prosseguir vivendo. Um homem fica imbecil e vive, mas assim que o coração cessar suas funções, o animal está morto. Não é pela lei que o Estado subsiste, mas pelo poder legislativo [...].

Neste mesmo sentido, Kant (1997, p. 341):

Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (trias política): o poder soberano (a soberania), que reside no poder legislativo; o poder executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder judiciário, (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz [...].

Nos tempos atuais, afirmou, ainda, Bobbio (2000, p. 227):

Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva [...].

Apesar disso, ainda no nascedouro da teoria moderna de separação das funções do Estado, o próprio Montesquieu (1996, p. 166) advertiu a necessidade de controle do poder exercido:

[...] trata-se de uma experiência eterna, que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites.
Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Ou seja, malgrado certa prevalência do Poder Legislativo, este esta igualmente sujeito a freios e controles, realizados pelos demais Poderes constituídos do Estado.

Dentro desse cenário, temos que a doutrina da separação das funções de Estado, filosoficamente falando, tem como fundamentos duas matrizes específicas: a distribuição, com o intuito de redução da concentração do poder, e o controle recíproco.



4.3 Os Fundamentos do Protagonismo do Judiciário: o caso brasileiro

Estudando o tema, importantes são as constatações apresentadas por Oscar Vilhena Vieira, Professor de Direito Constitucional, da Fundação Getúlio Vargas, em interessante artigo denominado “Supremocracia”.

Nesse trabalho, Vieira (2008) destaca o que, para ele, tem ocasionado o aumento do protagonismo do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes constituídos no Brasil.

Relembrando uma das obras do grande Aliomar Baleeiro (“O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido”, publicada em 1968), Vieira (2009) descreve como o título dessa obra se encontra em descompasso com o que se verifica hoje no país¹⁷.

Atualmente, segundo Vieira (2008), raros são os dias em que as decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal não são “manchete dos principais jornais brasileiros principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura”.

¹⁷ “Dos longes do passado remoto, ligo o Supremo Tribunal Federal às reminiscências de meus 13 anos de idade, na Bahia. Minha velha cidade entrara em ebulição com a campanha presidencial de RUI BARBOSA e de EPITÁCIO PESSOA, em 1919. Tombaram gravemente feridos à bala, num comício, MEDEIROS NETTO e SIMÕES FILHO. PEDRO LAGO escapou, mas sofreu violências outras dos sicários. As vítimas eram amigos políticos e pessoais de meu pai e de meu avô. O meu irmão mais velho, ainda estudante de Direito, trabalhava no jornal oposicionista, alvo das ameaças policiais. Tudo isso aqueceu a atmosfera em nossa casa. Aliás, a Bahia toda ardia em febre partidária. Para os ruístas, tratava-se dum apostolado cívico e não duma querela de facções.

Temia-se pela vida do próprio RUI quando viesse a fim de pronunciar a conferência anunciada para breve. Suspeitava-se também do governo da República, porque afrontosamente mandara a força federal desagrar a bandeira do edifício dos Correios, sob pretexto de que recebera ultraje dos partidários do candidato baiano. Nesse clima eletrizado, caiu como um raio a notícia de que o Supremo Tribunal Federal concedera a RUI e seus correligionários ordem de ‘habeas corpus’, para que se pudessem locomover, e reunir em comício. Notou-se logo a mudança de atitude da polícia local, que, murcha, abandonou a atitude de provocação. RUI desembarcou dum navio e o povo exigiu que o carro fôsse puxado à mão, ladeiras acima, cêrca de 10 km, até o bairro da Graça, em meio ao maior delírio da massa, que já presenciei. Assisti à saudação que lhe dirigiu, em nome da Bahia, no meio ao trajeto, o velho CARNEIRO RIBEIRO, de barbas brancas ao vento. Não se via um soldado, nem um guarda civil nas ruas. Se um seabrista tentava provocar incidentes, logo alguém intervinha para ‘não perdermos a razão no Supremo Tribunal’. A população prêsda da exaltação partidária mais viva manteve a maior rigorosa ordem, durante dias sem policiamento, a despeito das expansões emocionais. Ouvi, sem perder uma palavra, ao lado de meu pai, no Politeama baiano, a longa conferência do maior dos brasileiros, interrompida, de minuto a minuto, por tempestades de aplausos. Logo, nos primeiros momentos, Rui entoou um hino ao Supremo Tribunal, que possibilitara a todos o exercício do direito de reunião pacífica naquele momento. Rompeu um côro ensurdecedor de vivas à Côte egrégia. **Foi assim que tomei consciência do Supremo Tribunal Federal e de sua missão de sentinela das liberdades públicas, vinculando-o a imagens imperecíveis na minha memória. E também na minha saudade.**” (com grifos). BALEEIRO, Aliomar. *apud* MELLO, Celso de. Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, em 22/09/2005, na solenidade de celebração do primeiro centenário de nascimento do Ministro Aliomar Baleeiro. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/baleeiro.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2015.



Esse fenômeno, no entanto, segundo aponta o autor, não é uma peculiaridade brasileira, mas tem ocorrido em diversos países, inclusive que já vem sendo apreciado pela Academia¹⁸.

4.3.1 *Os motivos dessa expansão*

Os *experts* têm diagnosticado algumas causas dessa expansão.

A primeira delas, segundo Vieira (2008), seria consequência de uma expansão do sistema de mercado.

Anota o autor que:

Aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas “populistas” e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica” (VIEIRA, 2008, p. 442).

Essa visão de Vieira (2008) se coaduna com o pensamento do sociólogo polonês, radicado no Reino Unido, Zygmund Bauman (1999. p. 111-112), segundo o qual, citando Tietmeyer: “O que está em jogo hoje [...] é criar condições favoráveis à confiança dos investidores”.

Relaciona-se, igualmente, com o pensamento do ex-diplomata brasileiro Paulo Batista Nogueira (1994), segundo o qual:

O pleno funcionamento das instituições democráticas parece até mesmo ser visto como um “excesso de democracia”, algo capaz de se converter em empecilho às reformas liberalizantes da economia, na medida em que enseje a emergência, tanto no Executivo quanto no Legislativo, de lideranças não comprometidas com as propostas neoliberais.

Ou seja, a maleabilidade típica dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), que, por dependerem do voto popular, não raras vezes, inclinam-se em razão dos ventos da opinião pública, torna o Judiciário um porto seguro, onde o mercado de capitais pode confiar e depositar suas expectativas com um mínimo de segurança.

¹⁸ Vieira menciona a obra de C. Neial Tate e Torbjörn Vallinder, denominada “*The Global Expansion of Judicial Power*”.



Outra causa da expansão seria a retração do sistema representativo, que está incapacitado de promover o cumprimento das “promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas” (VIEIRA, 2008, p. 443).

Diante dessa incapacidade, agravada pela desconfiança e pelos recorrentes escândalos envolvendo figuras importantes dos Poderes Executivo e Legislativo¹⁹, os cidadãos passam a enxergar no Judiciário o Poder apto a salvaguardar essas promessas, oriundas de um processo histórico de lutas²⁰.

Vieira (2008, p. 443) critica essa situação, já que o recurso “[...] ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos [...]” ocasionaria “[...] evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia”, o que não deixa de ser a pura verdade.

A terceira causa dessa expansão é o chamado “excesso constituinte”, com a elaboração de textos constitucionais cada vez mais ambiciosos, que dos mais variados temas busca discutir: direito empresarial, direito de família, etc.

Ressalta Vieira (2008, p. 443):

Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição.

4.3.2 *Efeitos desse processo*

Dessa expansão, surgem dois efeitos, em especial, no que tange ao Supremo Tribunal Federal, a criação de uma autoridade de “governar jurisdicionalmente” o Poder Judiciário no país, que se materializou com a constitucionalização das chamadas Súmulas Vinculantes

¹⁹Não se quer com isso afirmar a inexistência de escândalos e corrupção no âmbito do Poder Judiciário. Vide, por exemplo, o caso do Juiz Nicolau dos Santos Neves.

²⁰ Interessante frisar aqui o destaque que personalidades do Poder Judiciário passaram a ter no Brasil, a exemplo do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, chegando ao ponto de ser cotado para disputar as eleições à presidência do país. Veja-se: < <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/joaquim-barbosa-para-presidente-em-2018-talvez>>; < <http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/brasil/em-palestra-joaquim-barbosa-admite-candidatura-a-presidente-em-2018/>>. Acesso em 31 jul. 2015.



(Emenda Constitucional nº. 45/2004), e a dilatação da sua autoridade em detrimento dos demais Poderes constituídos.

A partir desses dois efeitos, irradiam outros efeitos colaterais.

Hoje, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal é um “super-Tribunal”.

Após os horrores do período ditatorial no país, a Constituição de 1988 se “autoblindou” contra os eventuais ataques do seu corpo político e concedeu as rédeas de ampla guarda constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Anota Vieira (2008, p. 447) que, ao contrário da maioria das democracias atuais, a Corte Máxima brasileira acumula competências que, naquelas, seriam divididas em, pelo menos, “três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância”.

Outro efeito colateral é a transformação do Supremo Tribunal Federal em um “Tribunal de Pequenas Causas Políticas”. Como já mencionado acima, a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de legitimados às Ações de Controle de Constitucionalidade, abrindo espaços para outros atores políticos e sociais nessa “espécie de contenda”.

Ocorre que, essa abertura, inicialmente interessante e elogiável, tem feito com que muitas decisões majoritárias emanadas pelo Parlamento venham a ser novamente discutidas na Suprema Corte, após provocação dos que foram derrotados na esfera política. Destaca Vieira (2008, p. 449): “[...] O Supremo serve, nessas circunstâncias, como um tribunal de *pequenas causas políticas*. Desconheço outro tribunal supremo do mundo que faça plantão judiciário para solucionar quizílias, que os parlamentares não são capazes de resolver por si mesmos [...]”.

Outro desdobramento é a transformação do Supremo Tribunal Federal em última instância do Poder Judiciário.

Como várias matérias, dos mais diversos segmentos, estão inseridas no bojo da Constituição, quase tudo acaba se tornando matéria com repercussão constitucional e, portanto, questionável, ao menos em tese, pela via do recurso extraordinário.

De uma consulta no Relatório “Supremo em Números”, desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas, podemos verificar que, de 1988 até o ano de 2013, de um total de 1.348.750



processos, 1.264.772, ou seja, quase 94% (noventa e quatro por cento) dos feitos analisados pela Corte, eram de competência recursal²¹.

Em outras palavras, algo completamente impraticável, notadamente quando verificamos o tamanho do Supremo Tribunal Federal, com “apenas” onze ministros.

Por fim, acumula, ainda, o Supremo Tribunal Federal a competência de ser o responsável pelo julgamento originário de políticos de alto escalão.

O que deveria ser uma exceção virou quase uma regra. Atualmente, 799 autoridades têm a prerrogativa de serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal quando acusadas de infrações penais comuns ou de crime de responsabilidade²².

5 Conclusão

Diante do que foi discutido, está, ao nosso sentir, claro, que o protagonismo, no Brasil, do Poder Judiciário e, em especial neste texto, do Supremo Tribunal Federal, não se deve, exclusivamente, ao Neoconstitucionalismo.

Óbvio que esse movimento tem sua contribuição, mas não é ele que, de fato, tem ocasionado o protagonismo do Poder Judiciário e o esvaziamento dos demais Poderes constituídos (Legislativo e Executivo).

Esse fenômeno é fruto de uma conjunção de fatores sociais, políticos e jurídicos, que tornaram o caminho trilhado pelo Judiciário como o direcionamento natural neste viés.

Não devemos nos esquecer que o Brasil ainda guarda em sua memória as décadas nefastas do período de exceção e a inexistência de órgãos de Estado nos quais pudesse a sociedade depositar suas esperanças.

Este cenário, como já mencionado acima, agravado pelos recorrentes escândalos nos Poderes Legislativos e Executivos em todo o país, faz com que a população veja no Judiciário o único apto a receber com responsabilidade as suas reclamações.

Anote-se que, ao contrário do que deveria acontecer, os Poderes Legislativo e Executivo pouco se movimentam para modificar essa realidade. Muito pelo contrário, tem, ao

²¹ Informações obtidas em <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-stf/index.html>>. Acesso em 03 ago. 2015.

²² LAGO, Rodrigo. O mensalão e a prerrogativa de foro por conexão: A necessidade de interpretação constitucional evolutiva sobre a conexão em ações penais originárias. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-mensalao-e-a-prerrogativa-de-foro-por-conexao>>. Acesso em 31 jul. 2015.



que tudo indica, até certo ponto, gostado desse papel ativo e de protagonismo que vem sendo exercido pelo Judiciário.

Muitos dos debates acerca dos reais problemas dos cidadãos são relegados ao esquecimento, por conveniências políticas, por parte dos legisladores, e o cidadão desposado de sua proteção, não vê outro refúgio que não seja o Judiciário, o qual, por seu turno, considerando o princípio do *non liquet*, vê-se compelido a solucionar o caso, ainda que inexistente a solução legislativa para tal. É o que aconteceu com o Supremo Tribunal Federal, quando, por exemplo, foi “compelido” a se posicionar acerca da união civil homoafetiva ou outros assuntos com alta complexidade e motivações sociais plúrimas, que, muitas vezes, são impopulares.

É exatamente nesses vácuos no exercício do Poder, como, por exemplo: Poder Executivo (ineficiência das políticas públicas), Poder Legislativo (abstenção do exercício do seu mister - legislar); desinteresse dos Poderes Executivo e Legislativo em decidirem questões fundamentais, em especial aquelas com grande apelo eleitoral, que o Poder Judiciário tem encontrado espaço para se destacar.

É como afirma Maus (2000) “Na circulação do poder, o Judiciário se “aproveita” da inércia dos demais Poderes e se diz competente a exercer as competências olvidadas pelos demais Poderes. Se apresenta como “superego” da sociedade “órfã” de políticas públicas e de normas.”

Neste norte, perdem totalmente o sentido as críticas apresentadas pelos estudiosos contrários ao movimento neoconstitucionalista.

O destinatário do bem público, do direito e da ordem é o homem.

Se os atores responsáveis pela eleição desses ideais são inertes e desamparam o sujeito, alguém tem que tomar as rédeas da questão e salvaguardar o interesse geral.

No caso brasileiro, essa missão tem sido exercida, com forte influência dos postulados neoconstitucionalistas, pelo Poder Judiciário.

Essa missão do Poder Judiciário é também materializada na Corte que detém a prerrogativa constitucional de proteger a Lei Maior: o Supremo Tribunal Federal.

Mesmo com a esquizofrênica e dilatada competência, o que muitas vezes soa como uma tentativa de tornar o Tribunal insustentável e impraticável, o Supremo Tribunal Federal tem, dentro de suas óbvias limitações, realizado uma série de julgamentos que ratificam o necessário protagonismo do Poder Judiciário na estrutura político-organizacional brasileira.



Seja no caso das uniões homoafetivas, seja na esfera previdenciária, como no caso do julgamento que autorizou as chamadas “desaposentações”, ou na seara social, no caso das políticas de saúde, ou em alguns casos até mesmo exagerando nesse seu protagonismo, como no julgamento que “criou um foro especial” para as ações de improbidade administrativa, quando o réu for Ministro daquela Corte, o fato é que o Supremo Tribunal Federal, seguindo o que vem sendo feito pelos demais órgãos do Poder Judiciário, tem ocupado o espaço deixado pelos demais Poderes.

Devemos, contudo, ter o cuidado apresentado por Hamilton, Madison e Jay (2003), em “O Federalista”, e aplaudir, com cuidado, essa ocupação de espaço, pois, o temor de uma tirania legislativa²³ apresentada pelos pensadores americanos acima referidos pode se tornar no Brasil uma versão judicializada do caso.

Em suma, o que deve ocorrer é a harmonia pregada no texto constitucional brasileiro, a qual, se cumprida, certamente aniquilará a alegada e criticada sede ativista dos neoconstitucionalistas.

Enquanto tal situação não ocorre em sua plenitude, devemos felicitar as ações do Judiciário no sentido da concretização dos ideais máximos da justiça social.

REFERÊNCIAS

²³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 305-309.



ATIENZA, M. Resposta. In: CRUZ, Paulo Márcio; ROESLER, Cláudia R. **Direito e argumentação no pensamento de Manuel Atienza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Neoconstitucionalismo: Entre Ciência do Direito e o Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.” **Revista Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

BATISTA, Paulo Nogueira. O consenso de Washington. In: SOBRINHO, Barbosa Lima et al. (Coord.). **Em defesa do Interesse Nacional: Desinformação e Alienação do Patrimônio Público**. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compilada por N. Morra. Tradução de M. Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta; 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

JESTAEDT, Matthias. Die Abwägungslehre - ihre Stärken und ihre Schwächen, In: Otto Depenhauer et al. (Org.). **Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee**. Heidelberg: C. F. Müller, 2007. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

LAGO, Rodrigo. **O mensalão e a prerrogativa de foro por conexão: a necessidade de interpretação constitucional evolutiva sobre a conexão em ações penais originárias**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-mensalao-e-a-prerrogativa-de-foro-por-conexao>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 58, p. 183-202. nov. 2000.



MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, em 22/09/2005, na solenidade de celebração do primeiro centenário de nascimento do Ministro Aliomar Baleeiro.** Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/baleeiro.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POSCHER, Ralf. **Grundrechte als Abwehrrechte.** Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social.** São Paulo: Hemus, 1981.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da.(Org.) **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV**, v.4, n. 2, p.441-463. dez. 2008.