

Bruno Calife dos Santos

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS HUMANOS: exercício da jurisdição
constitucional e efetividade dos direitos

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, área de concentração em Direitos Humanos, da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) como requisito para obtenção do título de mestre.

Orientador: **Enoque Feitosa Sobreira Filho**

JOÃO PESSOA
2015

S237a Santos, Bruno Calife dos.

Ativismo judicial e direitos humanos: exercício da jurisdição
constitucional e efetividade dos direitos / Bruno Calife dos
Santos.- João Pessoa, 2015.

120f.

Orientador: Enoque Feitosa Sobreira Filho

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ

1. Direitos humanos. 2. Ativismo judicial. 3. Jurisdição
constitucional.

UFPB/BC

CDU: 342.7(043)

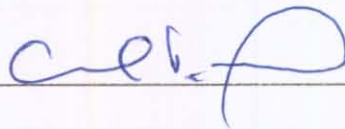
Bruno Calife dos Santos

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS HUMANOS: exercício da jurisdição
constitucional e efetividade dos direitos

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-graduação em Ciências Jurídicas,
área de concentração em Direitos
Humanos, da Universidade Federal da
Paraíba (UFPB) como requisito para
obtenção do título de mestre.

Banca examinadora:

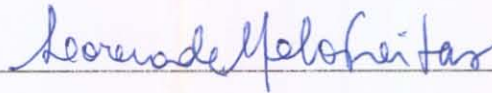
Data de aprovação: **20 de março de 2015**



Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho

Orientador

Universidade Federal da Paraíba



Profª. Dra. Lorena de Melo Freitas

Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Paulo Henrique Tavares da Silva

Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ)

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho àqueles que buscam a iluminação por meio do estudo e da pesquisa.

AGRADECIMENTOS

Neste momento, cumpre reconhecer que somente por graça divina me fora dada a competência necessária para elaborar esse opúsculo.

A minha esposa, Fernanda Riu Ubach Castelló Garcia, que, com muito zelo, sempre incentivou que eu fosse adiante, mesmo que em alguns momentos as agruras da vida e os percalços da jornada tenham se apresentado como intransponíveis.

A Rafael Riu Ubach Calife, meu filho amado, tão somente pela sua existência.

Ao meu orientador, Enoque Feitosa Sobreira Filho, guia inestimável e cuja principal lição foi o exemplo de amor pela ciência e pela Academia.

Por fim, a todos aqueles que indiretamente, pelo debate, críticas ou conselhos, permitiram o amadurecimento das ideias lançadas nestas linhas, especialmente aos meus caríssimos amigos de lida no PPGCJ: Morton Medeiros, Victor Rafael e Humberto Lucena.

RESUMO

A crescente amplitude de resguardo de Direitos Humanos, uma vez que parecem constituir exigência contemporânea indissociável à evolução das sociedades democráticas, impede que o Estado assuma um perfil tímido e implica na assunção de responsabilidades pelos poderes instituídos, inclusive ao próprio Judiciário, apesar do seu caráter eminentemente inerte. Diante, assim, de certa passividade dos Poderes Legislativo e Executivo quanto ao desenvolvimento de instrumentos de defesa e proteção dessas prerrogativas, bem como acerca da estruturação de políticas públicas e regulamentação de garantias voltadas a sua implementação, conjectura-se sobre as causas e consequências da ampliação do perfil da atividade jurisdicional a fim de analisar-se a aproximação entre a criação judicial do direito e os Direitos do Homem, intermediado pelo exercício da jurisdição constitucional, elegendo-se, como figura central desta atuação o Supremo Tribunal Federal. Assim, resta questionar até que ponto a ampliação do perfil dessa modalidade de jurisdição e sua respectiva altivez conduz a uma maior efetividade dos Direitos Humanos, circunstância imaginada pela utilização de uma hermenêutica decorrente da abertura principiológica e da relação ontológica entre estes e os direitos fundamentais tuteláveis pelo Estado. A análise pauta-se pela revisão bibliográfica e pela perspectiva crítica, ambas reunidas por uma postura descritivista.

Palavras-chave: Direitos Humanos; ativismo judicial; jurisdição constitucional

ABSTRACT

The growing range of stabilizing Human Rights, since appear to be contemporary demand inseparable to the evolution of democratic societies, prevents the state to take a shy profile and involves the assumption of responsibilities by the powers that be, including the judiciary itself, despite its character essentially inert. Faced thus a certain passivity of the legislative and executive branches for the development of instruments of defense and protection of these prerogatives and on the structuring of public policy and regulatory guarantees aimed at its implementation, it is conjectured about the causes and consequences of expanding the profile of judicial activity in order to examine whether the rapprochement between the judicial creation of law and human rights, brokered by the exercise of constitutional jurisdiction, if electing, as the central figure of this action the Supreme Court. Thus, it remains to ask to what extent the expansion of the profile of this type of jurisdiction and its respective haughtiness leads to greater effectiveness of the Human Rights circumstances imagined by the use of a hermeneutic result of principled openness and ontological relationship between them and the fundamental rights protectable by the state. The analysis is guided by the literature review and critical perspective, both brought together by a descriptivist posture.

Keywords: Human Rights; judicial activism; judicial review

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS HUMANOS: exercício da jurisdição
constitucional e efetividade dos direitos

INTRODUÇÃO.....	08
2 DIREITOS HUMANOS: ENTRE HISTÓRIA E HISTORICISMO, UNIVERSALISMO E RELATIVISMO.....	18
2.1 UMA VISÃO DUAL DOS “DIREITOS HUMANOS”	20
2.2 HISTÓRIA E “HISTORICISMO” DOS DIREITOS HUMANOS: UMA CORREÇÃO EPISTEMOLÓGICA.....	32
2.3 O DEBATE ENTRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO NA PRESENTE PROBLEMÁTICA.....	35
3 O ATIVISMO JUDICIAL: PARA ALÉM DO DEBATE TERMINOLÓGICO E FOCADO NA POLITICIDADE	42
3.1 PROBLEMA TERMINOLÓGICO NO ATIVISMO.....	45
3.2 A POLITICIDADE DO JUDICIÁRIO NA TRADIÇÃO JURÍDICA CONTINENTAL-EUROPÉIA.....	51
3.3 ATIVISMO JUDICIAL E O CONTEXTO BRASILEIRO.....	56
4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, SÚMULA VINCULANTE E AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS DO STF.....	64
4.1 AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS DO STF	66
4.2 A SÚMULA VINCULANTE, SEU CARÁTER NORMATIVO E SUAS VICISSITUDES.....	80
4.3 DIREITOS HUMANOS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	95
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO.

O presente trabalho é intitulado “ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS HUMANOS: exercício da jurisdição constitucional e efetividade dos direitos”, sendo, por isso, natural empreender o esforço de sua delimitação a partir da compreensão dos institutos jurídicos que o compõem, destacando-se, pois, para a análise, o do exame sobre os “Direitos Humanos”, sob a ótica do “Ativismo judicial” e o seu exercício por meio da “Jurisdição constitucional”.

Apesar de ser uma construção teórico-normativa razoavelmente antiga, principalmente levando-se em conta a existência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos que remonta ao século XIX, institucionalmente organizado com a criação das Nações Unidas em 1945, bem como por múltiplos tratados que esquadrinham a pluralidade de garantias que buscam atestar a grandiloquência de uma dignidade presumivelmente ínsita à espécie, tal como afirmado pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, posteriormente referendada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os Direitos Humanos têm obtido, atualmente, um renovado espaço na mídia e nos estudos jurídicos em face de acontecimentos que insistem em pôr a prova a veracidade dessas clássicas esquematizações, contra afirmando, por exemplo, a garantia aos direitos de liberdade, igualdade ou ao devido processo legal, notoriamente imaginadas como corolários da proteção integral ao indivíduo frente ao poderio estatal, cerne da ideologia que permitiu o nascimento na modernidade dessa categoria, dos quais servem de exemplo as guerras travadas sob o pretexto do combate ao terrorismo e seus efeitos nocivos sobre populações dos Estados invadidos ou sobre os suspeitos de práticas delituosas, por exemplo.

No plano interno, a atração a respeito do tema é similar, principalmente quando se leva em conta o legado das revoluções liberais (tomando-se como paradigma a francesa de 1789 e americana de 1776, apesar de distintas em alguns aspectos relevantes) apropriado por uma dogmática constitucionalista e, assim, cansativamente reiterado pelos estudiosos desse ramo do direito, defensores de uma crescente influência e, porque não dizer, verdadeira sobreposição dos

postulados principiográficos das constituições atuais – que absorveram para as várias realidades nacionais, aquilo no plano internacional serviu de base à estruturação do Direito Internacional dos Direitos Humanos – sobre o ordenamento jurídico, suas leis infraconstitucionais e o funcionamento das instituições político-administrativas, tanto na relação do público-privado, como também na possibilidade de seu acolhimento no fluxo entre as interações privadas e que já se convencionou chamar de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Trata-se da “era das Constituições” em detrimento da “era das Codificações” cujo traço característico é a substituição de uma ideologia liberal e privatista pura para uma concepção social, não-necessariamente socialista, diga-se de passagem; e publicística. As Constituições deixam o posto de documento eminentemente político e descritivo dos aspectos relacionados à formação do Estado, para figurar no centro do ordenamento jurídico condensando outros valores da própria sociedade, tornando-se prolixas a ponto de abarcar os mais variados aspectos de uma comunidade política para transformá-los em objetos de demanda por concretização de direitos, a ponto de criar uma perspectiva teórica para esse ramo jurídico e por isso denominada “neoconstitucionalismo”.

Tal como objetivamente asseverado em linhas anteriores, essa perspectiva tem o condão de pôr em relevo os cânones sociais normatizados pelo Texto Fundamental, principalmente quanto aos princípios essenciais e aos direitos fundamentais – cerne da atuação política e do exercício da cidadania da qual dos Direitos do Homem fazem parte – abrindo margem para que os Direitos Humanos também sejam utilizáveis como mais uma força garantidora desses preceitos.

Nada obstante, a visão estritamente jurídica cede espaço a uma compreensão mais ativa e, porque não, política a respeito dessas estruturas, sendo cogitável tratar a questão de modo transdisciplinar, ou seja, configurando os Direitos Humanos, tal qual realizado por alguns pensadores mais ligados à filosofia e sociologia jurídicas, como instituição conectada à moral, à cultura ou ao embate na construção de uma sociedade mais emancipada.

Assumindo aquele relevo mais dogmático – sem perder de vista a alternativa conceitual mencionada no parágrafo anterior – fica fácil estabelecer, a

priori, o contato entre os Direitos Humanos e o exercício da Jurisdição constitucional utilizando-se a Constituição Federal como ponto de intersecção, principalmente quando se estabelece, também no contexto teórico, a aproximação entre Direitos Humanos e garantias fundamentais, objeto do presente trabalho, já que, ao menos segundo a tradição germânica, a diferença entre esses postulados possui caráter meramente formal, é dizer: encontra-se apenas no espaço "topográfico" em que essas normas estão congregadas, podendo rotular-se "direitos do homem" ou "fundamentais" acaso assentadas em nível internacional ou nacional, respectivamente.

Assim, considerar a existência do amplo rol de garantias fundamentais no Título II da Constituição Federal brasileira, portanto "*Direitos Humanos positivados*" significa, silogisticamente, que as instituições estatais, jungidas que estão à norma, devem respeitar e resguardar ao cidadão todos esses atributos no exercício de sua competência, deveres dos quais não se podem desincumbir, evidenciando, por sua vez, que "*Direitos Humanos não positivados*" não só poderiam, mas também deveriam ser tratados em igual medida – uma vez que não diferem ontologicamente –, aberta essa possibilidade, ainda, pela abstração e importância gerada e atribuída a partir dos princípios estabelecidos também no texto dessa norma, precisamente em seu artigo primeiro, inciso III, ou ainda pela possibilidade de sua inserção no ordenamento nacional com *status* constitucional, como permitiu a reforma recente que alterou o artigo 5º parágrafo 3º do texto constitucional brasileiro.

É justamente neste ponto que pode ser acoplado o relevo da participação da "Jurisdição constitucional", ou seu exercício por meio dos órgãos incumbidos de prestar efetividade a essas prerrogativas, já que a missão atribuída pela Lei fundamental brasileira ao Poder Judiciário consiste em defender os seus preceitos normativos e garantir aos indivíduos o gozo dessas prerrogativas de maneira institucional e apesar do Estado, ou, em perspectiva oposta, servir de destino ao indivíduo na consecução de direitos possivelmente efetivados *via acesso* à atividade da Judicatura.

Retomando e ampliando o raciocínio, é público e notório que os ideais das revoluções liberais levaram à construção de uma fisionomia estatal fundamentada na contenção de sua atuação frente aos cidadãos, assumindo a tripartição dos poderes desde a sua construção teórica o papel de postulado essencial e verdadeiro dogma inafastável das sociedades democráticas, o que fica patente, mais uma vez, na reprodução retórica do enunciado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, documento cuja influência é sentida ainda nos dias de hoje, bastando, para tanto, lembrar o texto formulado imediatamente após a criação da Organização das Nações Unidas em 1948, manifestamente inspirado nesses ideais.

Para o Judiciário, isso representou inicialmente um excessivo cuidado no exercício da sua função básica em respeito ao direito de liberdade, com considerável reflexos práticos: os magistrados deveriam pautar suas condutas na lei, esta sim fruto de uma atividade dotada de representatividade popular, circunstância que informaria um de seus caracteres básicos, a capacidade de obrigar os indivíduos e que pode ser traduzida como critério de legitimação da atividade legiferante. De outra monta, isso também significou, tradicionalmente, que ao Judiciário restaria apenas a aplicação desses enunciados normativos nos seus estritos contornos, faceta imortalizada na célebre frase inscrita no "Espírito das Leis" que caracteriza a magistratura como *bouche de la loi*, impedindo, então, qualquer atividade jurisdicional mais audaciosa ou criativa.

Isso demonstra porque a Jurisdição sofreu, por muito tempo, com a mitigação de seu caráter político, muito embora integrante do mesmo assento normativo do qual derivam suas atribuições tal como as demais funções estatais.

A tradição da ideia clássica de separação dos poderes imprimiu uma maneira de ser das instituições políticas, deixando como legado secular uma noção estática acerca do Judiciário no contexto da tradição jurídica continental-européia.

Uma certa evolução social e política – historicamente caracterizada pelo surgimento do *Welfare state* –, entretanto, conduziu o Estado e os integrantes da comunidade a um conjunto de situações cujas peculiaridades ultrapassam os conceitos clássicos e as técnicas de tutela até então postas à disposição, criando,

por isso, um enorme *deficit* entre a prestação jurisdicional e a exigência de proteção de certos direitos, como os próprios Direitos Humanos, a ser devidamente “compensada” pelo juiz no uso de suas competências, fato esse também atribuível àquele alto grau de abstração, além da natureza supraestatal desse gênero de normas, a demandar instrumentos e posicionamentos inéditos que se contraponham aquela visão típica de um positivismo estrito.

Esse panorama, recrudescido por uma sentida inoperância das demais funções estatais nos dias de hoje – o Executivo na consecução de políticas públicas de amplo alcance e a escusa representada por toda a ideologia das normas constitucionais programáticas, ou lastreado no argumento administrativo-financeiro da reserva do possível, tensionado pelo lado oposto cada vez mais ao aludido princípio do “mínimo existencial”; o Legislativo e sua reticência em regulamentar certas matérias de interesse popular, menos preocupado em atividades institucionais – abriram espaço à Magistratura a fim de implementar, ainda que limitada pelo princípio da inércia, por meio de uma ação mais proativa em seus julgados, as respostas que os jurisdicionados desejavam, sob pena de colapso do próprio Estado Constitucional Democrático de Direito, para o qual a atual necessidade de efetivação dos Direitos Humanos é pedra de toque, pois um dos valores fundamentais da sociedade brasileira como também referido dentre os princípios estruturantes da República Federativa do Brasil.

Nada obstante, isso representaria, como de fato vem representando, toda a modificação do paradigma até então imposto justamente por aquela conformação clássica do enunciado da separação dos poderes e principalmente a respeito da própria configuração do Poder Judiciário a quem, normalmente, nunca se associou a imagem de um Poder Político, circunstância que vem propiciando, principalmente pelo estudo dos constitucionalistas, argumentos teóricos e discursivos a fim de embasar essa conformação institucional a fim de àquele fazer frente.

Consequência lógica dos elementos acima destacados foi a alteração de postura da própria Judicatura no que tange a “descoberta” e apropriação dessa natureza, fator que, dentre outras coisas, gerou e vem gerando

um alegado recrudescimento da importância do precedente judicial como fonte do direito, sendo esta a nova tendência mesmo nos países, como o Brasil, cuja tradição de fonte normativa primária seja, por excelência, a lei em sentido formal.

Permite-se, nessa nova conjuntura, ao Poder Judiciário, superar agora o entrave antes pacífico sobre a inviabilidade de decidir acerca de políticas públicas, por exemplo, mitigando-se a noção de reserva do possível, bem como atuar para além do ordenamento posto, estabelecendo preceitos heterônomos (súmula vinculante) ante a inércia do legislador, transformando a jurisprudência, resultado da atuação jurisdicional, em espécie normativa similar ao produto do processo legislativo.

Para tal mudança de paradigma cunhou a Doutrina a expressão “ativismo judicial”, terminologia mais popular, que vem informando a natureza do exercício da Jurisdição sob aquela feição mais contundente, muito embora não infensa à críticas, como, por exemplo, a respeito do grau de legitimidade dessa atuação, haja vista a ausência de representatividade democrática dos integrantes que compõem essa função estatal, uma vez que não se submetem ao pleito eleitoral.

Nada obstante, o que importa ao presente trabalho é considerar o “exercício da jurisdição constitucional” sob um viés político, muito embora seja pertinente ressaltar que essa expressão designativa, tomada em uma perspectiva procedimentalista, possa ser invocada de maneira ampla ou restrita.

Quanto à **primeira**, significaria, pois, a aplicação do arcabouço constitucional para a resolução de conflitos por todo e qualquer órgão do Judiciário e que, por essa razão, pode ser associada à noção de controle difuso de constitucionalidade. No tocante à **segunda**, se caracterizaria na medida em que é definido um órgão, por excelência, cuja missão precípua é a “guarda da constituição”, para utilizar a expressão vaga e ampla contida no artigo 102 da carta de 1988, noção que, por sua vez, é associada ao denominado controle concentrado de constitucionalidade, dispondo-se, neste caso, de mecanismos processuais dos mais variados e mais vocacionados àquela postura criativa como a própria súmula

vinculante ou mesmo o caráter *erga omnes* associado às decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Retomando o que foi dito até então, é esta segunda noção que interessa ao desenvolvimento do tema, pois permite analisar, em recorte metodológico – com a perspectiva da atuação de um órgão judicante de cúpula, para este trabalho o Supremo Tribunal Federal –, a respeito da abertura propiciada pelo sistema constitucional vigente, máxime pelo papel que essa Corte de justiça vem desempenhado no cenário brasileiro a respeito dos pronunciamentos sobre os mais diversos temas – aproveitando-se aqui daquele caráter prolixo do texto fundamental já citado e a natureza aberta das normas de natureza principiológica que ele contém e com estreita pertinência a temática dos Direitos Humanos, cuja vazão ocorre no ordenamento brasileiro não só em função do axioma vetor da dignidade da pessoa humana, mas também pelo amparo de sua inserção no bloco de constitucionalidade pela previsão hoje presente no reformado parágrafo segundo do artigo 5º do Texto constitucional e que permitem, com esteio na competência privativa sobre o controle concentrado de constitucionalidade e pela análise de ações constitucionais.

Diante dessas considerações preliminares é apropriado problematizar se a ampliação do perfil da atividade jurisdicional, a fim de reconhecer-lhe empiricamente a adoção de uma postura mais política, implica em uma maior efetividade ao Direitos Humanos e, a partir disto, qual a possível aproximação entre a criação judicial do direito e Direitos do Homem?

A título de hipótese, considera-se, deste modo, o papel político do Judiciário como mais uma ferramenta de proteção dos Direitos Humanos, máxime por meio do Supremo Tribunal Federal, haja vista a atribuição de Corte Constitucional, por isso responsável direto pelo alcance dos valores representativos da dignidade da pessoa humana e dos objetivos relacionados à construção de uma sociedade justa e solidária, estabelecendo-se um comparativo entre a perspectiva clássica e contemporânea que demonstra a evolução do paradigma da atividade jurisdicional para constatar se, de fato, a judicialização da política e, por isso, o robustecimento da influência do Poder Judiciário na defesa dos Direitos Humanos

tornam essas prerrogativas mais eficazes, ampliando o sistema de proteção, sendo razoável imaginar que sim.

Para cumprir o objetivo proposto, o trabalho é dividido em três capítulos, justamente estruturados a partir da premissa estabelecida no primeiro parágrafo desta introdução, ou seja, a partir da análise sobre os institutos que compõe o seu título: "Direitos Humanos", "Ativismo judicial" e "Jurisdição constitucional".

A ordem preestabelecida, procede, na primeira parte, do caráter material da forma jurídica, ou seja do seu elemento substancial, vale dizer no tocante as prerrogativas estabelecidas no ordenamento jurídico, seja supranacional ou nacional, uma vez que a distinção entre essas categorias, como já pontuado, pode também ser realizada a par de um caráter meramente formal, mais uma vez, os "Direitos Humanos", associados aos estatutos internacionais de proteção do indivíduo; e as "Garantias fundamentais", sua positivação nos ordenamentos de cada país; sem esquecer a visão cultural ou política da instituição e, portanto, do plano que lhe pode ser anterior, desde que considerados como instrumentos de luta por espaço e aquisição de direitos e que termina por desaguar na sua positivação.

Na segunda parte, a categoria que é pressuposta à materialização dessas prerrogativas, uma vez que exercida por meio da atitude renovada atribuída a Judicatura, elemento também subjetivo na medida em que por meio do poder político são sufragadas por agentes do Estado em uma realidade institucional a quem cabe o reconhecimento ou até mesmo a chancela sobre essas faculdades de maneira mais criativa e, portanto, avançada em relação às outras funções *estatais*.

Por fim, no terceiro plano, o aspecto instrumental que se faz presente pelo âmbito processual em que se insere a jurisdição constitucional, justamente o mecanismo utilizado pela Instituição a fim de resguardar a eventual efetividade dos Direitos Humanos a par de suas características peculiares no exercício da competência atribuída pela Constituição Federal aos Tribunais e, em especial, como já averbado, ao Supremo Tribunal Federal.

Levando em conta a diagramação proposta, no **primeiro capítulo**, destinado aos Direitos do Homem, será feita uma incursão na Teoria do Direito, haja

vista a necessidade de estabelecer-se os pressupostos jusfilosóficos que cercam o tema, principalmente pelo fato da disciplina "Direitos Humanos" integrar um aspecto peculiar da ciência jurídica não só pelos seus postulados próprios, mas também pela associação com a Sociologia e a Ciência Política desde que consideradas uma visão alternativa dos Direitos do Homem em função da caracterização proporcionada, principalmente, por autores cujo viés teórico repousa no Marxismo ou em posturas críticas à visão que a dogmática essencialmente jurídica providenciou aos Direitos Humanos.

A segunda subseção, por sua vez, é pontuada pela preocupação em situar os Direitos Humanos historicamente, muito embora para tanto se estabeleça como premissa metodológica a preocupação com uma visão ideologizada que redunde tanto numa retrospectiva exagerada como em uma prospectiva irracional aponto de posicionar os Direitos Humanos em eras na qual não existiu ou garanti-los num desenvolvimento gradativo e contínuo que constitui, principalmente em relação a esta última, um "historicismo" que se revela não só estéril, mas perigoso.

Essa cissiparidade, permeia também a subseção seguinte onde será abordada a tradicional polêmica entre uma visão relativista e universalista dos Direitos Humanos. Longe de significar apenas um embate entre perspectivas epistemológicas sobre o tema, a adesão a uma ou outra termina, na verdade, por referendar uma visão de mundo e, assim, do próprio Direito, circunstância que sobremaneira pode influenciar a utilização desta categoria institucionalmente.

No **segundo capítulo**, dominado pelo Ativismo judicial, a análise residirá nos parâmetros dogmáticos desse perfil institucional atribuível ao Poder Judiciário e que é fundamental para pontuar o papel que pode ter no tocante a efetivação dos Direitos Humanos, uma vez que a hipótese estabelecida diz respeito a uma maior amplitude de resguardo dos Direitos do Homem em função da liberdade assumida politicamente pela Judicatura no tocante a interpretação e aplicação de garantias.

Tal conformação que exige discutir, preliminarmente, a respeito da nomenclatura do instituto, já que a expressão "ativismo judicial" vem sendo substituída por vários doutrinadores por diversas outras, tais como "judicialização da

política" ou "criação judicial do direito", por exemplo. Esse esforço se dá não só a fim de melhor delimitar o seu conceito, mas demonstra uma preocupação epistemológica no intuito de equilibrar a utilização de variados termos na compreensão de realidades que podem ser distinguidas a par do mesmo fenômeno.

Na segunda parte deste capítulo, esta alocada a análise do "Ativismo judicial" inserido na tradição jurídica a qual se filia o sistema jurídico brasileiro e a questão de um protagonismo judicial, portanto, da eventual importância do precedente para a evolução do Direito, antes ocupada pela lei em sentido estrito.

Na última subseção, por sua vez, o "Ativismo" será considerado no contexto brasileiro, partindo também de uma premissa histórica ao levar em conta o contexto pré e pós Constituição Federal de 1988, uma vez que o papel do Constitucionalismo contemporâneo, como mencionado anteriormente, influenciou sobremaneira na adoção desse viés institucional. Ainda neste campo, uma análise sobre a tênue diferença entre ativismo judicial e quebra da separação dos poderes e como o déficit de representatividade no Brasil legou à efetividade das garantias fundamentais – associadas ao exercício de uma cidadania plena e, portanto, dos Direitos Humanos – a Judicatura, permitindo, assim o exercício de um ativismo.

Sendo assim, o **terceiro capítulo**, a partir do paradigma já aventado, implica nas conjecturas sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que é no âmbito dessa Corte que se faz notar, pelo espaço aberto legado por meio da competência prevista no Texto fundamental quanto ao exercício da jurisdição constitucional – principalmente por seus mecanismos procedimentais, tais como as ações diretas de inconstitucionalidade, o mandado de injunção e a súmula vinculante – que se vem constatado um perfil criativo na aplicação do direito pela via hermenêutica e, portanto, a implementação de garantias humanistas.

Assim, a primeira subseção busca contextualizar, a par das relações institucionais travadas no âmbito da Suprema Corte – com os demais Poderes; para com o indivíduo destinatário das garantias; e ainda em relação aos demais integrantes da Magistratura – essa perspectiva ativista.

Após a constatação, impõe-se discutir a respeito de um eventual dirigismo judiciário que seria consequência desse viés apropriado pelo STF,

principalmente quando se leva em conta o instituto da Súmula Vinculante e suas características constitutivas.

Ao cabo, chega o momento de pontuar a questão dos Direitos Humanos no âmbito dessa atividade judiciária por meio da conformação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, também presente na atuação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que passa a integrar o bloco de constitucionalidade, haja vista a já mencionada alteração constitucional sobre o tema, espraiando-se como mais uma prerrogativa da Corte Constitucional.

A coesão e coerência entre os pontos discutidos será buscada por meio da **metodologia** empregada na análise desses temas, tratando-se de uma análise bibliográfica em perspectiva crítica, entendida como produto de uma visão desconstrutivista sobre os elementos propostos, valendo duas ressalvas a esse respeito.

A primeira, relativa a ausência de juízos de valor sobre os elementos tratados, ou seja, se esse perfil institucional mencionado quanto ao Judiciário, por exemplo, é bom ou ruim; legítimo ou ilegítimo; a segunda, consequência da anterior, no tocante a possibilidade de reestruturação dogmática, já que toda crítica, bem entendida, encerra a viabilidade de estabelecimento de novas vertentes em detrimento daquelas já firmadas, permitindo, assim, o avanço do tratamento científico.

2 DIREITOS HUMANOS: ENTRE HISTÓRIA E HISTORICISMO, UNIVERSALISMO E RELATIVISMO.

A abordagem deve iniciar estabelecendo-se as premissas, conceito e caracteres que envolvem os Direitos Humanos e a partir de uma metodologia que seja, tal como sugerido por Paul Kahn (2001, pp. 09/11) suspensa eventuais crenças sobre a matéria, principalmente por ser este campo jurídico um terreno fértil para a manifestação e influência de opções ideológicas, firmando-se, no curso dos três

tópicos seguintes – “Uma visão dual sobre Direitos Humanos”; “História e ‘historicismo’ dos Direitos Humanos: uma proposta epistemológica”; e “a função do debate entre universalismo e relativismo para a problemática” – uma noção personalizada ao presente trabalho acerca desse postulado com o devido espaço para visões antagônicas.

Aliás, importa a título de consideração preliminar, fazer menção não só a variabilidade de termos aplicáveis à matéria – “direitos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos da pessoa humana”, “direitos o homem”, “direitos da pessoa”, “direitos fundamentais da pessoa humana”, “direitos públicos subjetivos” (RAMOS, 2012, p. 32) –, mas, principalmente, ao conteúdo plurívoco da expressão “Direitos Humanos”, seja esta equivocidade consequência de uma evolução produzida ao longo da história, pois enseja um amplo rol de prerrogativas das mais variadas tecituras – por vezes até mesmo antagônicas (BOBBIO, 1992, p. 20) – que segue desde as revoluções liberais e suas liberdades civis, passando pelo Estado de bem-estar social e os direitos sociais no século passado, segundo uma pretensa historiografia; seja em função do seu amplo alcance nas suas vertentes material e formal.

É claro que nesta altura, não se pode proceder, nem é esse o objetivo primordial do quanto estruturado, a uma análise concomitantemente etimológica e jurídica detalhadas a respeito da utilização dessas expressões – da qual aquela tautológica, evidentemente, é sobremaneira a esse respeito triunfante (SILVEIRA e ROCASOLANO, 2010, p. 205) – e que podem comportar sérias diferenciações do ponto de vista teórico, sendo possível, apenas a título de exemplo, discernir sobre o termo “direitos da pessoa” – cujo alcance pode ser relacionado às garantias da personalidade – para uma categoria diversa, apesar de correlata, própria da parte geral do Direito Civil mas não propriamente pertencente aos Direitos Humanos.

Por isto, viável criticar, sob o prisma do rigor científico, o seu uso sinonímico, já que, normalmente, termos distintos devem ser utilizados para demonstrar realidades distintas, principalmente no campo jurídico onde residem

inúmeras conjecturas dentre as quais a própria noção sobre o que é o Direito, distinguindo-o, por exemplo da moral (HART, 2009, pp. 02/07).

Apesar disso, em algumas passagens, a fim de evitar o vício redacional que a Estilística exige, será necessário proceder a substituição pelas expressões consideradas equivalentes, sem chegar ao extremo de corromper-se nas infundáveis possibilidades demonstradas, preferindo àquela veiculada na epígrafe, em algumas ocasiões, o termo “Direitos do Homem” ou “direitos fundamentais” por constarem em tratados, normas jurídicas inerentes à matéria e em diversas constituições, na acepção moderna do termo, incluindo a brasileira, gozando, pois, da ampla simpatia dos predecessores do tema, emblemático, para tanto, o comentário que pode ser associado a esse respeito, realizado por Thomas Paine (1969, p. 71) – contemporâneo e ativamente participante das revoluções do século XIX – cuja obra tem o sugestivo título “Rights of Man”, destacando-se, no olhar do autor, em defesa da Revolução de 1789 e de seu racionalismo humanista que “[...] *in the instance of France, we see a revolution generated in the rational contemplation of the rights of man, and distinguishing from the beginning between persons and principles*”¹.

2.1 UMA VISÃO DUAL DOS “DIREITOS HUMANOS”.

Apesar de pacífica a sistematização do Direito em várias disciplinas e subdisciplinas para efeitos didáticos – já que, segundo as linhas básicas da jusfilosofia, o “Jurídico” é uma manifestação singular e, para os normativistas, em especial, confundida com o próprio poder estatal (KELSEN, 1997, p. 317) –, dentre as quais figurariam os “Direitos Humanos” – e ainda, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” como apêndice do Direito Internacional Público (RAMOS, 2012, p. 49) – é interessante observar certo grau de notória perplexidade no seio social, quando se menciona ou se pesquisa a respeito do papel dessa categoria jurídica, que para os leigos parece dissociar-se daquilo que compõe o ordenamento

¹ Em tradução livre: Na instância francesa, nós vemos uma revolução concebida em uma racional contemplação sobre os direitos fundamentais, e sua distinção inicial entre destinatários e garantias.

normativo básico, sendo comum encontrar resistências quanto às exigências por proteção aos Direitos do Homem, principalmente em sociedades como a brasileira, na qual a segregação socioeconômica ou a fraca progressão de um perfil institucional essencialmente democrático, reforçado pelo recente estágio de abertura do país, a partir de 1988 e que favorecem uma compreensão distante daquele ideal libertário e garantidor, inicialmente estipulado como motivador das revoluções liberais na França e nos Estados Unidos, para tornar-se, desde o início, uma “questão de polícia” (CERQUEIRA, 1982, pp. 57/61).

Reforçando o raciocínio acima destacado, uma visão sociológica e política a respeito dessa “natureza”, aparece marcada no confronto entre o exercício de certos direitos e demandas compreendidas no contexto da luta pela cidadania, intimamente ligada ao conteúdo dos Direitos Humanos (SANTOS, 2013, p. 51), pois foi a partir de sua conotação, construída a par de prerrogativas negadas e invocadas pelos setores politicamente marginalizados de uma época específica (HOBSBAWM, 1996, p. 55), que esses atributos passaram a gozar do *status* de algo incindível à essência do indivíduo enquanto membro de uma comunidade política, por sua vez fruto de uma racionalidade herdada do jusnaturalismo que apoiou essa compreensão, fornecendo-lhe um fundamento de legitimidade (VILLEY, 2007, pp. 02/03), fruto de uma reapropriação da metafísica estoica que via a unidade entre os elementos integrantes da natureza (DUHOT, 2006, p. 56).

Ocorre que no caso brasileiro, esse caráter nitidamente protetivo afasta os Direitos Humanos, ao menos pela ótica popular, como dito no parágrafo anterior, do conteúdo geral do Direito, criticável sob o velho argumento da “defesa do bandido” (BATISTA, 2010, p. 185), enquanto que os demais ramos que compõem o ordenamento jurídico tornam-se, em seu conjunto, as regras e disposições a serem naturalmente seguidas e impostas aos indivíduos que, porventura, não sejam ou não se percebam integrantes daquele grupo de destinatários.

Essa percepção do tema oriunda do senso comum – e que não pode ser relegada, mesmo tratando-se de uma análise científica (HART, 2009, p. 03) – é interessante pois exemplifica, socialmente, o que também acontece no plano acadêmico, contando os Direitos Humanos com teorizações não só distintas, mas

principalmente conflitantes, seja no campo da Teoria do Direito, seja migrando para outras áreas metajurídicas, como a jusfilosofia ou sociologia jurídica.

A consequência imediata é constatar a dubiedade de alternativas nesse plano: uma visão estritamente dogmática a qual se contrapõe uma visão mais crítica, em paralelo ao que também acontece, por sua vez, internamente à própria categoria dos Direitos Humanos no tocante ao seu alcance, ou seja, no embate de natureza dicotômica entre *universalistas* e *relativistas*, a ser explorada oportunamente em outro tópico.

Voltando ao campo eminentemente acadêmico, aquela percepção mais dogmática sobre os Direitos Humanos é estruturada a partir dos preceitos e elementos construídos ao longo de décadas pós-revolucionárias sob a visão fundamental do jusnaturalismo – muito embora alguns autores busquem, numa regressão quase *ad infinitum*, suas raízes em contextos bem anteriores² –, diretamente vinculadas aos postulados básicos de uma perspectiva abstracionista voltada à explicação do que pode ser entendido como “Direitos Humanos” na Ciência Jurídica, destacando-se para essa construção: (i) o conceito; (ii) os caracteres; (iii) o fundamento; (iv) os princípios; (v) sua classificação e (vi) evolução.

Se é certa a existência de uma variabilidade entre os estudiosos que permita identificar a partir de um certo arranjo a quem pertence determinada manifestação teórica sobre a matéria, à exemplo da “teoria da dinamogênese”³ atribuível a Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 189), também é certo um grau de unicidade em relação a diagramação do seu conteúdo

² Fábio Konder Comparato, a seu turno, explora a partir da compreensão dos textos sagrados do antigo testamento, do racionalismo filosófico clássico na Grécia antiga, aos pensadores medievais, atribuindo especial relevo ao que denominou “período axial”, todo um conjunto de circunstâncias que favorecem a compreensão de uma dignidade ínsita ao humano, chegando, inclusive a abordar a noção de *persona* desde tempos imemoriais para referendar o seu argumento (COMPARATO, 2011, pp. 13/48).

³ O princípio do respeito pela dignidade da pessoa é a expressão jurídica dos valores representados pelos direitos humanos, manifestos no interesse da proteção dessa dignidade em seu sentido político, social, econômico e cultural. As mudanças sociais e econômicas produzidas ao longo da história utilizam princípios jurídicos como vias para o reconhecimento dos novos valores exigidos pela comunidade social. Aqui é pertinente “um esforço de engenharia jurídica” para explicar as razões e mecanismos que justificam e tornam possível o nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos – ou seja, sua dinamogênese.

para os autores que comungam daquele ideal tautológico, muito embora a ele se agreguem os aspectos formal e finalístico, a fim de fornecer uma noção conceitual.

Neste patamar, consideram-se os “Direitos Humanos”, portanto, como aqueles que correspondem ao homem pelo “simples” fato de ser homem, instituídos sobre égide da indisponibilidade porque inerente a condição humana da qual não poderia o indivíduo se despojar, no intuito de que possam servir a construção de uma vida digna de seus titulares (RAMOS, 2012, pp. 29/30) – aqui já antecipado o papel central ocupado pelo valor da “dignidade da pessoa humana” tomado como realidade hegemônica em detrimento de outras bases (SANTOS, 2013, p. 42) e presente nas cartas políticas onde tal premissa vem normalmente positivada, pois considerada um princípio fundante de todo o ordenamento, inclusive a brasileira, que lhe faz menção expressa logo no art. 1º, inciso III, que dispõe sobre as bases axiológicas dessa República Federativa, apesar da dificuldade de sua delimitação conceitual.

A partir deste conceito objetivo, os adjetivos cumprem seu papel, ao ampliar, neste campo, a compreensão sobre os “Direitos Humanos”, identificando-se pelo menos quatro caracteres de maneira mais ou menos uniforme, inclusive quanto à denominação empregada, entre os autores (COMPARATO, 2010, pp. 78/79; RAMOS, 2012, pp. 143/221 e SILVEIRA e ROCASOLANO, 2010, pp. 229/243), referentes a universalidade, a natureza histórica, a interdependência e a indivisibilidade.

A universalidade decorre da noção primitivamente ligada a esfera biológica e que transborda para o aspecto cultural, na medida em que os Direitos Humanos abrangeriam a totalidade de indivíduos presentes no globo, pelo fato de compartilharem a mesma carga genética que conforma a espécie, bem como os mesmos ideais os quais seriam naturalmente a eles vinculados, principalmente aqueles valores ligados à liberdade e à igualdade (COMPARATO, 2010, p. 75), consoante retratado nas primeiras obras sobre o tema à época do pensamento racionalista do século XVIII e XIX e que serviram de base ideológica para as revoluções burguesas ocidentais, fruto das teorias jusnaturalistas e contratualistas e de maneira mais abrangente do próprio iluminismo racionalista.

Em relação ao segundo componente, a construção do sentido de pessoa - daí a possível locução “direitos da pessoa humana”, que não só reforça a velha tautologia, mas parece ser mais apropriada por englobar o “papel” que cada indivíduo assume quando inserido na comunidade e que não se confunde com o “ser” em si – impossível não mencionar a já clássica teorização proposta por Fábio Konder Comparato (2011, pp. 41/42) ao se dedicar, nas linhas introdutórias da obra “A afirmação histórica dos Direitos Humanos”, em traçar a construção temporal da noção de *persona*, discriminando a sua importância para a consolidação do conceito de Direitos Humanos, na trajetória que vai do plano bíblico – portanto da tradição judaico-cristã, o que reforça o papel desempenhado pela influência do pensamento estoico acima referido – passando por cinco etapas – até o existencialismo filosófico, para concluir que esse conceito é um eterno devir, inacabado e em construção justamente desvelado no processo histórico.

A interdependência e a indivisibilidade, por sua vez, analisáveis conjuntamente, dizem respeito a imbricação entre as várias prerrogativas jurídicas que compõe o quadro geral dos Direitos Humanos, fruto daquele avançar histórico construído que terminou por gestar o seu panteão atual, sendo, a esse respeito, tradicional o embate aparente entre as liberdades políticas e os direitos sociais, econômicos e culturais, normativamente representados, no plano internacional, pelo conjunto de documentos sobre os quais se estrutura o sistema protetivo básico dos Direitos Humanos, junto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, compondo a denominada “Carta Internacional de Direitos Humanos” (SORTO, 2008, p. 25).

Nesta perspectiva, não seria prudente, nem acertado falar em grupos autônomos, estanques ou preferenciais de Direitos do Homem, ou que se sucederiam uns em relação aos outros, sendo necessário trabalhar na perspectiva de sua inter-relação sem a qual a existência de uma determinada garantia, restaria esvaziada acaso uma outra, em posto diverso, também não o fosse, fato a ser traduzido como objeto do duplo olhar “sujeito-detentor” *versus* “ente-garantidor”:

A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo mal

escondem a dominação oligárquica dos mais ricos. (COMPARATO, 2011, p. 76)

Os princípios, nessa visão, agregam, juntamente ao fundamento, as bases sobre as quais incidem essas garantias, perpetuadas naquele plano ideológico e servindo como justificativa para a existência desse ramo jurídico, presente nos discursos acerca da legitimação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O primeiro deles – a dignidade da pessoa humana, já citado – é mencionado na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos como seu paradigma fundante⁴, circunstância repercutida, como também já referido, pelas constituições dos mais variados estados e cuja compreensão só é possível por meio de um ato de fé ou opção política, ou seja, pela crença de que o indivíduo, qualquer que seja a sua realidade econômica, religiosa, social, étnica, dentre outras, é portador de um valor intrínseco capaz de torná-lo destinatário dessas prerrogativas (COMPARATO, 2010, p. 33).

É inevitável perceber que os vários elementos trabalhados até então, demonstram uma forte ligação esquemática e praticamente dependente da questão daquele seu axioma basilar ou princípio metajurídico do qual decorreriam, imediatamente, o seu alcance universal e o próprio caráter histórico dos Direitos Humanos, cada qual com uma contribuição específica e que constitui a linha dorsal dessa forma de pensar o postulado, presente em toda a retórica sobre a necessidade de implementação e proteção dessas prerrogativas civilizatórias, a merecer aprofundamento posterior.

O grande destaque que os juristas da área classificáveis como dogmáticos emprestam à análise evolutiva dos Direitos Humanos – e analogamente aos Direitos Fundamentais –, partindo da caracterização dos chamados direitos de primeira, segunda e terceira geração, até aqueles de contemplam um novo perfil de caráter estritamente coletivo e, portanto, diferente dos anteriores (DIMOULIS e MARTINS, 2009, pp. 60/61), fruto de uma complexidade social pós-moderna, reforça

⁴ Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]

a ideia de que essas prerrogativas ostentam uma imanência áurea, sendo o processo histórico, na verdade, apenas o método responsável pela sua revelação (CARVALHO, 2011, p. 11).

Levando em conta essa contextualização, a construção do conceito de cidadania – o qual dialoga com a visão sobre Direitos do Homem – surge no plano das revoluções liberais, portanto, na luta da classe burguesa então detentora do poder econômico no intuito de garantir acesso ao poder político negado pelo perfil absolutista de Estado, lastreado na tradição nobiliárquica (HOBBSAWM, 1996, p. 55).

Obviamente que o influxo necessário ao embate e a suplantação do antigo regime levou à necessidade de legitimação do seu substituto, basicamente formatada a partir da ideia e criação de um modelo político representativo diferenciado que não aqueles três estamentos anteriores à revolução, mas um parlamento no qual pudessem ingressar homens “livres” e “iguais” pela escolha também “livre” e “igual” de outros homens, sendo, assim, precipuamente construída a ideia de isonomia formal e de sufrágio universal a par de um dos textos normativos que inaugurou, materialmente, o conceito de constituição, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁵, documento paradigmático sempre mencionado quando se estuda essa disciplina.

Em semelhante proporção, o contexto acima descrito surgiu também na Inglaterra, entretanto em condições temporais e políticas diferenciadas – cinco séculos antes, com a *Magna Charta Libertatum* de 1215 e a Revolução Gloriosa, respectivamente – que sem abrupta conturbação e ruptura social e política permitiu o estabelecimento de um legislativo forte, transferindo da coroa aos representantes do povo a capacidade de impor comandos normativos restritivos e coercitivos, amainados pelas garantias fundamentais que também no caso britânico, dizem respeito a uma certa isonomia formal, à liberdade e, no campo político, ao sufrágio.

⁵ Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum e Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Não é possível esquecer nessa linha, também o contexto americano e a luta pela independência do jugo colonial inglês a qual resultou em outra manifestação garantista de liberdades civis e políticas, categoria semelhante às já mencionadas no parágrafo anterior, da qual a Declaração de Independência é retrato fiel, estabelecendo, inclusive com certa dose de utopia – considerada por alguns, aliás, como característica dos Direitos Humanos (SILVEIRA e ROCASOLANO, 2010, p. 143) –, a busca da felicidade como *telos* na conformação de sua comunidade política, gravitando a sociedade também na figura do parlamento, o centro nervoso das aspirações do povo e, por isso, o direito ao voto como uma ferramenta de exercício do poder soberano a ele atribuído⁶.

Tais movimentos, abstraídas suas peculiaridades⁷, bem como o respectivo detalhamento histórico – que foge ao objetivo desse trabalho –, são tomados em conjunto para corroborar a ideia de que o gérmen das liberdades individuais – lembre-se que essa nomenclatura é vinculada ao ideário dos Direitos Humanos – está ancorada nessas experiências, as quais, pelos objetivos estabelecidos, constituíram, em primeira instância, aqueles direitos civis, seguidos pelos políticos e, portanto, a capacidade de ser livre e igual, bem como a possibilidade de participação popular pelo acesso institucional ao Estado. Em livreto bastante didático sobre o tema, Maria de Lourdes Manzini Covre (2007, pp. 16/31) reproduz essa visão no primeiro capítulo destinado ao descortinamento de “O que é cidadania”.

⁶ Em sua Teoria Constitucional, Paul Kahn (1993, p. 01) já no início de sua obra *Legitimacy and History: self-government in american constitutional theory*, afirma que as ideias contraditórias defendidas seja pelos interpretativistas seja pelos novos republicanos compõe-se de um elemento central concernente à conceituação e caracterização de “autogoverno”, o que pode ser transposto para a compreensão acerca do papel da democracia e da sua inerente representatividade como fontes legítimas do poder.

⁷ A chamada Revolução Americana foi essencialmente no mesmo espírito da *Glorious Revolution* inglesa, uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico. Na Revolução Francesa, bem ao contrário, todo o ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições da vida em sociedade. O que se quis foi apagar completamente o passado e recomeçar a História do marco zero - reinício muito bem simbolizado pela mudança de calendário. Além disso, enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência da coroa britânica do que estimular igual movimento em outras colônias europeias, os franceses considerara-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos. (COMPARATO, 2010, p. 64).

Com base nesta síntese, não é a toa que os dois teóricos clássicos que buscaram legitimar essas conquistas no campo social e político sejam, a seu turno, um inglês e um francês, elaborando, filosoficamente, os pressupostos fundamentais da ação política dos destinatários dessas garantias: a classe burguesa.

Assim, Locke (2011, pp. 90/97) e Rousseau (2011, p. 41), partindo de uma mesma premissa de cunho idealista, cada qual a seu modo, chegam também a uma mesma conclusão pretensamente descritiva a respeito do “ser político”: a evolução do estado primitivo de natureza no qual a liberdade impera sem limites, enseja ao indivíduo certos benefícios na contenção dessa mesma liberdade consistente no estabelecimento e proteção aos direitos e garantias individuais gerados a partir dessa convivência comunitária agora denominada sociedade: as leis.

Muito embora ambos seja representantes da mesma tradição iluminista e Locke pareça estar mais preocupado com a questão da propriedade privada e Rousseau, por sua vez, com o aspecto político-institucional da comunidade (SEN, 2011, p. 36), o fato é que de ambos se colhe aquela legitimação de matriz filosófica para o surgimento dos direitos civis e políticos – primeira dimensão dos Direitos do Homem – os quais seriam, em momento posterior, complementados pelos direitos sociais – sua segunda dimensão, como já citado –, agora já como resultado de uma luta pela melhoria das condições de trabalho, pela diminuição da desigualdade social fruto da exploração irracional do capital e, conseqüentemente, na inserção do trabalhador na “riqueza coletiva” (CARVALHO, 2011, p. 10).

Tratando-se, pois, de garantias jurídicas inseridas no ambiente sociopolítico e sustentadas pelo Estado destinadas à proteção do indivíduo, chegou-se à conclusão de que tais direitos seriam incorporados ao estatuto da cidadania, tal como os outros direitos fundamentais, demonstrando, por seu turno, aquela mesma característica histórica.

O precursor dessa análise distintiva, T. A. Marshall, partiu do contexto inglês, mas sua visão foi apropriada pelos mais diversos cultores,

principalmente no campo dos Direitos Humanos e no âmbito do Direito Constitucional, para os “Direitos Fundamentais”, materialmente similares aos Direitos do Homem, como forma de descrever a sua evolução baseando-se inicialmente pela nomenclatura “gerações” e, em momento posterior, “dimensão” de garantias fundamentais.

Essa correção da terminologia, no campo jurídico, pode ser vista, implicitamente, por meio do correto equacionamento proporcionado pela análise crítica desse contexto à luz da Sociologia ou da Ciência política, apoiadas numa visão materialista muito bem discriminada por José Murilo de Carvalho, em tudo adequada a perspectiva metodológica desse trabalho:

O ponto de chegada, o ideal da cidadania plena, pode ser semelhante, pelo menos na tradição ocidental dentro da qual nos movemos. Mas os caminhos são distintos e nem sempre em linha reta. Pode haver desvios e retrocessos, não previstos por Marshall. A França, a Alemanha, os Estados Unidos, cada país seguiu seu próprio caminho. O Brasil não é exceção. Aqui não se aplica o modelo inglês. Ele nos serve apenas para comparar por contraste. (CARVALHO, 2011, p. 11)

A partir daqui, o que se pode dizer a respeito desse conteúdo histórico dos Direitos Humanos, tratado pelos especialistas de perfil dogmático, é que a essa generalização, ou pelo menos, a apresentação do roteiro que segue aquela sequência quase lógica, não pode ser reproduzida em mesma escala descritiva e valorativa, sem uma reflexão que traga à tona as peculiaridades da comunidade política em que uma pesquisa dos Direitos Humanos está sendo realizada, sendo o caso brasileiro emblemático a esse respeito, como mencionado pelo mesmo autor citado no parágrafo anterior:

A cronologia e a lógica da sequência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito ao voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide de direitos foi colocada de cabeça para baixo

(CARVALHO, 2011, pp. 219/220).

A mesma crítica – no tocante à desconfiança de um padrão aplicável teoricamente ao conteúdo dos “Direitos Humanos” – pode ser feita em relação ao seu dado prévio, ou seja, ao fundamento que faz da tautologia conceitual o cerne da concepção dogmática do instituto.

Primeiramente, um dado também histórico parece ser claramente capaz de refutar a noção de que existe uma essência, natureza ou imanência atribuível aos destinatários dessas prerrogativas, sendo suficiente citar, em tempos contemporâneos e, portanto, não distante daqueles ideais revolucionários que “revelaram” essa concepção, a exploração da mão de obra escrava nos mesmos países em que foi sufragada a noção de igualdade e liberdade. Na França, pelas colônias mantidas na África e na América Central – o caso da luta pela independência haitiana (FLORES, 2009, p. 55) é, a esse respeito, esclarecedora – nos Estados Unidos da América, mesmo pós-independência, em seus estados sulistas, perdurando a segregação racial institucionalizada até o século XX⁸, por mais estranho que aos Direitos Humanos numa sociedade que se afirma democrática isso possa parecer.

Essa crítica, aliás, é reforçada pela denúncia feita por Domenico Losurdo (2013, p. 30) em “O pecado original do século XX”, ao tratar de uma democracia exclusiva dos senhores que se desenvolve paralelamente a relações de escravidão e de extinção dos índios.

Esse paradoxo apontado acima é terreno fértil que abriu os “Direitos Humanos” a uma visão questionadora a respeito da validade de premissas com esse perfil totalizante, estipulados a partir de uma vertente dogmática, o que demonstra para alguns pensadores a sua total falta de adequação ou, simplesmente, a necessidade de se descartá-la (DOUZINAS, 2009, pp. 383/384); para outros, a necessidade de elaborar, alternativamente, uma visão teórica que leve em conta outro fundamento, mantendo a validade da instituição enquanto categoria a que se

⁸ A segregação racial americana continuou institucionalizada até 1951, quando a Suprema Corte Americana por meio do caso *Brown v. Board Education of Topeka* superou a própria compreensão lastreada na doutrina “equal but separate”, para abolir a divisão entre brancos e negros nas escolas públicas.

permita algum propósito legítimo como pensado por Ernst Bloch (2011, pp. 353/360) ao fazer uso da doutrina jusnaturalista que persiste nesse ideário, entretanto não como uma verdade imutável mas como elemento associado à utopia social como forma de crítica às injustiças de uma normatividade de Direitos Humanos condensada em ordenamento posto.

Nesse último grupo, encontra-se, dentre outros expoentes, Joaquín Herrera Flores (2009, p. 191) para quem os Direitos Humanos devem ser compreendidos como processo de luta pela emancipação do indivíduo:

Os direitos humanos, em sua integralidade e a partir do universo normativo de resistência que defendemos nestas páginas, constituem algo mais que o conjunto de normas formais que os reconhecem e os garantem a um nível nacional ou internacional. Os direitos humanos como produtos culturais formam parte de uma tendência humana ancestral por construir e assegurar as condições sociais, políticas, econômicas e culturais que permitem aos seres humanos perseverar na luta pela dignidade, ou, o que é o mesmo, o impulso vital que, em termos spinozianos, lhes possibilita manter-se na lutar por seguir sendo o que são: seres dotados de capacidade e potência para atuar por si mesmos.

Na construção de sua teoria, Herrera Flores estabelece seis premissas relacionadas dialeticamente a partir de seis paradoxos, a fim de evitar o equívoco criticado pelas teorias que se contrapõe àquela estabelecida pelo pensamento estritamente dogmático, ou seja, em relação a uma idealização que além de não corresponder ao que acontece na prática, termina por fomentar a distorção entre o discurso e a concretude de Direitos Humanos, como observável, atualmente, no papel desempenhado pelas potências econômicas internacionais:

Uma tentativa mínima de democratização das Nações Unidas requereria a supressão de privilégios que as cinco potências vencedoras do segundo conflito mundial despoticamente se atribuíram. E seria necessária a emancipação da Assembleia Geral da atual configuração institucional que lhe atribui somente funções de "recomendações", sem qualquer poder de convicção normativa. Mas ninguém deveria se iludir que as atuais grandes potências – se não forem constrangidas por profundas mudanças nos equilíbrios políticos, econômicos e militares do planeta – aceitem sentar-se à mesa da "democracia mundial", junto aos representantes dos países mais pobres e mais fracos. Ninguém deveria se iludir que elas estejam dispostas a tomar parte em processos

democráticos de tomada de decisão – onde cada sujeito internacional valha um voto –, se as decisões se referem a questões cruciais para os equilíbrios estratégicos do planeta.

É impensável, particularmente, que os Estados Unidos estejam orientados a ceder ainda que modestíssima porção de poder que exercitam no Conselho de Segurança: não farão certamente através de um processo de reforma que requeira seu consenso e não seja, ao contrário, imposto por contrapoderes emergentes.

2.2 HISTÓRIA E “HISTORICISMO” DOS DIREITOS HUMANOS: UMA CORREÇÃO EPISTEMOLÓGICA.

De acordo com o pontuado na subseção precedente, os autores sempre se preocuparam em apresentar um panorama histórico a respeito dos Direitos Humanos, seja esta exploração realizada de maneira comedida, neste aspecto incluído aqueles que entendem que o marco inicial dessas prerrogativas, de fato, são as revoluções liberais, seja em relação aos mais ousados que regredem aos tempos imemoriais da experiência bíblica ou dos Códigos fundantes da lei de Talião, para encontrar um gérmen da proteção do indivíduo, o que seria suficiente para atribuir-lhes a terminologia “Direitos Humanos”.

Abstraída a crítica que se possa fazer de uma ilação que se propõe àquela regressão *ad infinitum* (DOUZINAS, 2009, p. 309), o fato é que em ambas as dimensões, se constata uma tendência subliminar que denota a progressiva expansão dos Direitos Humanos, cada vez mais complexos e numerosos.

Neste aspecto, basta avaliar a própria quantidade atual de tratados internacionais que, nos mais variados assuntos, relacionam, de alguma maneira, o seu conteúdo àquela natureza imanente da dignidade do homem ou a evolução do contexto da cidadania e da ampliação das demandas por prerrogativas jurídicas na fruição de liberdades públicas, tal como realizada por Fábio Konder Comparato em sua obra “A afirmação histórica dos Direitos Humanos”, cuja tônica, para além da introdução, consiste justamente na catalogação das normas e tratados internacionais sobre a espécie.

A questão se põe ainda em termos mais dogmáticos.

Existe, também como referido no tópico anterior, toda uma visão teórica que ensina a respeito das chamadas gerações de direitos que, muito embora mais presente no Direito Constitucional, aplica-se em igual proporção aos Direitos Humanos, haja vista a correlação natural e estrita entre os dois ramos que defendem prerrogativas básicas e fundamentais do indivíduo, seja particular ou coletivamente considerado.

A fim de corrigir eventual equívoco que poderia conduzir à inefetividade ou usurpação desses direitos, os defensores desses postulados, substituíram a expressão "geração" por "dimensão" de direitos, deixando clara a motivação:

[...] uma parte crescente da doutrina refere-se às categorias dos direitos fundamentais como o termo "dimensões". Essa opção evita os graves equívocos do termo "gerações", mas não será utilizado no presente estudo em razão de uma preocupação de exatidão terminológica. Fala-se em "dimensão" para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. No caso aqui relevante, há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados no âmbito jurídico. (DIMOULIS e MARTINS, 2010, p. 31)

Com ou sem a sutil correção teórica, tal construção permite a ilação segundo a qual o avolumamento de garantias do passado até a contemporaneidade, lembrando para cá a noção de indivisibilidade e interdependência, corresponderia a uma irrefragável e constante evolução dos Direitos Humanos, permitindo, portanto, concluir que da contemporaneidade para o futuro, em idêntica proporção, se perpetuaria uma ampliação do seu conteúdo em grau de resoluta continuidade.

Mais que isso, pode ainda significar o incensante desejo de aperfeiçoamento do sistema tal como criticado por Paul Kahn (2001, p. 17), cuja consequência termina por ser a dissociação entre o previsto e a realidade.

O raciocínio acima é tão ou mais evidente quando se leva em conta a conformação de um próprio direito ao desenvolvimento como integrante do conjunto de Direitos do Homem e que se coloca como desafio para a humanidade (BAXI, 2003, p. 139).

Embora tal prerrogativa esteja mais associada a questões de ordem material e econômica, as próprias tensões e demandas geradas pelo seu indigitado

avanço, essas inter-relações terminam por criar situações factuais a serem reconhecidas e acobertadas pelo Direito, o que é natural dada a função exercida pelo "Jurídico" consistente na apropriação dos fatos com sua consequente regulação, transformando-se, assim, em garantias jurídicas cuja natureza não se dissocia de seu fato gerador em um verdadeiro processo de auto-alimentação.

Insistindo no ponto, mas retornando a questão da dimensão de direitos, constata-se que os próprios autores, explorando o caráter consequencialista sobre os Direitos Humanos, por sua vez, encampam essa postura, ao antecipar dimensões de prerrogativas que são, no mínimo, inusitadas ou extremamente utópicas, tal o caso de um direito do homem a paz (DIMITRIJEVIC, 2003, pp. 79/80).

Esse influxo que vai do atual ao passado, para retornar do contemporâneo ao futuro não poderia ser apropriadamente chamado de uma visão histórica sobre os Direitos do Homem, pois não se trata, simplesmente, de um trabalho historiográfico no sentido mais preciso do termo, quer dizer, de um levantamento sobre a existência de garantias ao longo de um período de tempo, mas sim de uma tentativa de fixar essa categoria como imprescindível e inescapável a qualquer forma de organização sociojurídica e todas as consequências que disso possa resultar, revelando, portanto, seu caráter ideológico.

Essa modalidade de determinismo coaduna-se muito bem às noções apresentadas por Karl Popper (1961, p. 05) ao definir o que se pode chamar de historicismo⁹:

[...] uma forma de abordar as Ciências Sociais que lhes atribui, como principal objetivo, o fazer *predição histórica*, admitindo que esse objetivo será atingível pela descoberta dos 'ritmos' ou dos "padrões", das 'leis' ou das 'tendências' subjacentes à evolução da História.

Por outro viés, tal análise corrobora o até então discutido no tópico anterior a respeito da inviabilidade da adoção de um contexto linear e idêntico

⁹ Trata-se aqui de uma opção metodológica e que não se confunde com o mesmo instituo tratado por Norberto Bobbio (2006, pp. 51/53) ao se referir a uma postura hermenêutica associada as pretensões da Escola Histórica de Savigny tal como referido pelo jurista italiano em seu livro "O positivismo jurídico".

quanto ao trajeto dos Direitos Humanos em cada sociedade ou comunidade política, o que reforça a necessidade de uma visão particularizada sobre o tema em um dado ordenamento jurídico e talvez comprove a dificuldade existente no plano internacional no tocante a tentativa de uniformizar – ou universalizar, para utilizar uma linguagem técnica mais comum a dogmática dos Direitos Humanos – visto que as diversas experiências não se restringem apenas a existência ou não de certas prerrogativas, mas também a sua própria vivência orientada.

Além disso, se é possível fazer uma aproximação entre o argumento popperiano e a temática trabalhada por Paul Kahn (2010, p. 24), o que se pode perceber é que os legisladores buscam diante de elementos dissociados da realidade uma espécie de aformoseamento do ordenamento jurídico – postura que mais adiante vai se encampada pelo Judiciário, como será tratado no capítulo seguinte –, sem medir esforços para a normatização de garantias ou inserção no sistema de prerrogativas que no mais das vezes não encontram substrato nos matizes sociais, apenas para garantir uma racionalidade do sistema, ou seja, que não guardam referência com os processos de lutas nos quais pode incidir, também, o conceito de Direitos Humanos a partir de uma visão crítica (FLORES, 2003, pp. 169).

Esse último raciocínio, por sua vez, revela no campo da especulação ou teorização do Direito que a Doutrina sobre o tema trabalha numa perspectiva, no mínimo, equivocada ao reproduzir determinismos sobre os Direitos Humanos, sendo razoável corrigir a proposta a fim de que se tenha em conta que o panorama traçado como histórico em relação aos Direitos do Homem, na verdade possui caráter historicista segundo a orientação apresentada.

2.3 O DEBATE ENTRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO NA PRESENTE PROBLEMÁTICA.

Levando em conta a premissa estabelecida anteriormente e de maneira superficial no que tange a exploração do caráter universal dos Direitos do Homem, bem como no seu contexto historicista, a corrente universalista lastrea-se

na deflagração político-jurídica pelas liberdades individuais tendo em vista a influência do ideal revolucionário liberal, necessitando, portanto, de um acompanhamento dogmático que justificasse a necessidade de implementação dessas prerrogativas não apenas nas sociedades em questão, mas como forma de impor o grau de civilidade àquelas outras que não contavam com tais fundamentos, como já referido em seção precedente.

O matiz mais apropriado para esse intento foi o de cunho jusnaturalista, uma vez que essa escola filosófica do Direito compreendia a existência de um elemento imutável que permearia toda a consciência jurídica de um ordenamento sob as mais variadas formas – muito embora com este não se confundindo e sendo-lhe superior – fossem estes frutos de uma lei divina ou da própria razão humana.

Some-se a este fato, outro de caráter contextual, já que no século XVIII, o iluminismo renascentista providenciava um terreno fértil a utilização desse último padrão de pensamento (TOSI, 2010, pp. 41/42).

A força do argumento universalista também pode ser traduzida pelo apelo que ideais como liberdade, proteção da vida, da propriedade e o estabelecimento de uma igualdade – inicialmente formal, mas depois substancial – entre os homens possuía em relação aos mais variados indivíduos que quase indistintamente se submetiam ao jugo de um poder despótico.

Apesar disso, a realidade demonstra algo diferente, mesmo naquele período histórico em que essas prerrogativas eram tidas como o ápice do racionalismo e da civilidade no campo jurídico, sendo no mínimo curiosa, para não dizer contraditória, a percepção dos franceses citadas linhas atrás.

É justamente a partir da constatação dessa espécie de tensão (SANTOS, 2013, pp. 57/58) que subjazem questionamentos a respeito da validade científica do caráter universal dos Direitos Humanos.

Será que os escravos ou colonizados não ostentam a mesma humanidade que os senhores ou colonizadores? Afinal não seriam, pelo menos biologicamente, humanos e assim portadores de uma dignidade capaz de destiná-los o mesmo plexo de garantias?

Claro que surgiram doutrinas capazes de responder negativamente a questão, mantendo a incolumidade – mesmo que paradoxal – desse seu caráter universalista, abertas algumas exceções justificáveis (COMPARATO, 2010, p. 30). Entretanto, o que interessa, para cá, é que a crítica em questão foi capaz de pôr à prova a crença no “cosmopolitismo” – para utilizar uma expressão de Giuseppe Tosi (2010, pp. 41/42) – permitindo, assim, o contraponto formado pelas correntes de cunho relativista, as quais, aliás, não se baseiam apenas nesse fundamento para infirmar sua predecessora.

Além deste, é possível citar ainda outros três argumentos já mencionados no último parágrafo do item precedente: (i) a diversidade valorativa que cerca as experiências sociais e políticas das várias comunidades globais, inexistindo, por isso, um padrão que possa ser aceito universalmente; (ii) a falta de adesão substantiva de alguns Estados no asseguramento dos Direitos Humanos, muito embora exijam da comunidade internacional um tratamento diferenciado para a questão; e, talvez o mais evidente deles, (iii) as peculiaridades culturais que se chocam contra alguns Direitos do Homem, valendo citar, por todos, o exemplo da ablação do clitóris em algumas tribos africanas.

Este último fundamento, por sinal, leva à discussão a respeito do influxo ocidentalizante, de um “universalismo eurocêntrico e sua reconversão num particularismo fundacional” (SANTOS, 2013, p. 59) desse conjunto de direitos consagrados nos mais variados tratados dessa natureza em detrimento das tradições locais da parte oposta do globo, o que configuraria numa nova forma de colonialismo.

Neste embate, a resposta dos universalistas pode normativamente ser resumida na tentativa de estabelecer um consenso entre os dois paradigmas, verificável no apreço estampado no Pacto Internacional dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais à autodeterminação dos povos, a qual se refere precisamente o artigo 1º, apesar de exibir, em seu preâmbulo, uma ressalva que contradiz o enunciado pois menciona a “obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades do homem”¹⁰.

¹⁰<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>. Acesso em 29 de jul. 2014

Apesar das críticas contundentes, um acontecimento histórico deu novo fôlego ao cosmopolitismo.

A Segunda Grande Guerra e a “solução final” provocada pelos nazistas sobre os judeus (FLORES, 2009, p. 50) lançaram uma explicação figurativamente inquestionável para a afirmação dos Direitos Humanos como ferramenta de proteção e luta contra eventuais atrocidades praticadas por regimes políticos autoritários (SORTO, 2008, pp. 7/34) à semelhança do que ocorrera no século XVIII, sendo esta, aliás, a justificativa que serve de preâmbulo para tão citada Declaração de Direitos Humanos e para a conjuração da Organização das Nações Unidas, cujo escopo, presente no tratado internacional que lhe deu forma, é justamente “preservar as nações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade”¹¹.

Mais uma vez, o que denota certo grau de dialeticidade, os cultores do relativismo manifestaram o descontentamento com o ideal universalista baseado na criação de uma instituição dessa natureza, revigorando o argumento geopolítico a respeito da ineficácia e contradição existentes no seio da ONU, a ponto de permitir o questionamento do papel protetivo das Nações Unidas em evidente correlação com a temática aqui debatida:

A tremenda derrota do programa oficial de reforma das Nações Unidas confirmou a extrema dificuldade de projetar instituições internacionais “universalistas” que estejam em condições de intervir com eficácia normativa e reguladora nas estratégias políticas das grandes potências, limitando a guerra e favorecendo a paz. Mas se tratou, sobretudo, de uma derrota muito provavelmente irreparável da perspectiva de uma reforma das Nações Unidas que apontassem a seu reforço e/ou a sua democratização. A natureza frágil e utópica do projeto institucional das Nações Unidas – centralista, hierárquico, e ao mesmo tempo, cosmopolítico – agora é visível a todos. A mensagem de inspiração kantiana e kelseniana, *world peace through world law*, que anuncia a possibilidade de garantir a paz global apoiando-se em instrumentos jurídicos e institucionais universalistas, colocados à disposição das grandes potências industriais, mostrou seu caráter de abstração idealística e moralista, além de sua ambiguidade política, e este último, é o mais grave. (ZOLO in SANTORO et al, 2011, 31)

¹¹<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tighuniversai/onu-carta.html>. Acesso em 22 de jan. 2014.

Após um esvaziamento desta primazia do caráter universalista dos Direitos Humanos pelo embate provocado pelo relativismo em função das várias críticas apresentadas, todas elas de sólido fundamento, parecendo demonstrar a desconstrução de uma instituição que se firmava como uma ferramenta de proteção individual em larga escala, os fatos históricos providenciaram, a partir do holocausto – como já prefigurado –, o refavorecimento daquele ideal.

Entretanto, os relativistas acharam meios e argumentos para manter viva a noção de que os Direitos Humanos servem de arma jurídica a fim de aniquilar traços peculiares de algumas comunidades, escondendo, na verdade, as reais intenções dos propagadores da defesa dessas prerrogativas ao apontar a incoerência entre o discurso e a realidade no Ocidente a ponto de minar a credibilidade de uma organização multilateral como a ONU, fruto, aliás, da corrente hegemônica vitoriosa com a Segunda Guerra Mundial.

Os Estados Unidos da América são, incontestavelmente, a maior prova desse dissenso, principalmente após os atentados de 11 de setembro e sua guerra particular contra o terrorismo, perpetrando práticas de tortura, sedimentando o isolamento de países islâmicos, afrontando a soberania de certas nações com invasões armadas e desrespeitando as clássicas garantias como a do devido processo legal, negado aos presos acusados de terrorismo, muito embora reafirmem a defesa dos Direitos Humanos e até os utilize como forma de legitimar um *jus ad bellum* já extensamente questionável no âmbito do Direito Internacional (BACELLI, 2010, pp. 59/73).

Os exemplos se multiplicam internamente em outras nações também ocidentais e a partir de outros contextos e interesses, como acontece na Itália em relação a política de segregação e discriminação contra os imigrantes ilegais e na França em relação ao desrespeito ao direito de manifestação de crença pela proibição do uso do véu muçulmano, dentre muitos outros exemplos que serviriam de fundo ao argumento em questão.

Talvez seja esta, atualmente, a maior fonte de crítica sobre a qual ergue-se novamente o discurso relativista, o que demonstra que o embate está longe de um final que satisfaça a ambas as correntes ou então que seja capaz de

elaborar uma visão eclética sobre o tema, muito embora certas concessões tenham sido objeto de análise que busca mitigar a compreensão cosmopolitista sob seguinte perspectiva:

Cabe também salientar que a teoria geral dos direitos humanos não pretende ser uma cosmovisão ou abranger todas as facetas da vida social. Os direitos humanos não oferecem ritos ou símbolos: são conceitos jurídico-normativos, que estabelecem o *ethos* de liberdade no regramento da vida em sociedade, não competindo nem servindo como substituto de convicções religiosas.

[...]

Não se trata de buscar, assim, um denominador comum mínimo dos diversos valores culturais, que aceita diversas condutas humanas apenas por serem integrantes de tradições culturais, em sacrifício da dignidade da pessoa humana, mas de se afirmar que a pluralidade de culturas e orientações religiosas (ou de cosmovisões) devem ser respeitadas com o reconhecimento da liberdade e participação com direitos iguais para todos (RAMOS, 2012, p. 157).

O que isso pode significar?

Pode significar que ambas as correntes estão arraigadas em suas posições e opiniões, aguardando, a todo momento, uma contradição ou um espaço de fragilidade teórica, a fim de apontar mais um equívoco capaz de justificar sua própria existência sem que a isso se correlacione o apreço pelos respectivos destinatários, estabelecendo-se, portanto, mais em bases e objetivos ideológicos do que propriamente em certezas teóricas.

Aprofundando a ressalva final do parágrafo anterior, as correntes em questão são apartadas do seu local epistemológico – como se convencionou, aliás, sobre a percepção histórica sobre a evolução dos Direitos Humanos na seção precedente – e apropriadas politicamente a fim de legitimar uma agenda: no caso do universalismo, a influência ocidental que serve também como um dos pilares e mola propulsora da globalização; no caso do relativismo, a negativa da proteção jurídica de um mínimo porventura atribuível aos indivíduos de um determinado espaço geopolítico em função do poder, da casta ou da religião dominante que mesmo imerso em um caldeirão cultural que lhe conferiu personalidade ouse discordar de seus costumes e passe a defender uma alternativa, como se verifica na proibição ao

exercício de culto ou perseguição em países islâmicos onde o regime se confunde com a religião.

Ambas as posturas demonstram uma espécie de apropriação indébita dos Direitos Humanos enquanto instituição, utilizados a partir de uma perspectiva ideológica, em sua acepção moderna, ou seja, capaz de servir de discurso de justificação à arbitrariedade a que ambos os paradigmas estão sujeitos, máxime por não conciliarem prática e teoria, o que implica no retorno àquela tensão (SANTOS, 2013, pp. 57/59).

A consequência desse embate se revela na própria concepção acerca da visão sobre o próprio Direito enquanto categoria do conhecimento humano e portanto, do papel que o jurista exerce ao adotar uma ou outra corrente como razoável para a explicação do fenômeno (TROPER, 2008, pp. 7/12).

Assim, uma postura prescritivista – na qual o Direito é visto como algo a ser lapidado, melhorado ou valorado em sua crescente busca pelo valor justiça – correlaciona-se diretamente ao universalismo jurídico que por sua vez implica na assunção de um paradigma jusnaturalista que sustenta a hipótese de uma aproximação entre os sistemas do direito vigente e aquele que o antecede ou que lhe é superior.

Já o contextualismo pode vincular-se a uma concepção descritivista do Jurídico, pois busca retratar o aspecto concreto de uma determinada realidade política, também relacionável ao matiz positivista que enxerga no contexto do que foi produzido em termos de padrões normativos que espelham as escolhas feitas por essa mesma comunidade e trata de segui-las sem a preocupação com um abstracionismo próprio da visão anterior.

Apesar do saudável grau de discussão que correntes antagônicas geram no espaço científico, fazendo evoluir os seus postulados, no campo dos Direitos Humanos o confronto parece não favorecer seja ao caráter universal, circunscrito ainda ao ocidente pelos motivos já apresentados, seja ao relativista, pois a consolidação das Nações Unidas e a participação de quase a totalidade das nações independentes formadoras da Assembleia Geral termina por discrepar que no mundo como o atual – globalizado e interdependente (RAMOS, 2012, pp.

156/157) – de fato valha alguma exceção que afaste a possibilidade de aplicação do conjunto de garantias já veiculados em tantos tratados das mais variadas espécies, o que se convencionou chamar de “Direito Internacional dos Direitos Humanos” (RAMOS, 2012, p. 123).

A transferência do campo jurídico para o ideológico na utilização dos Direitos Humanos reverbera esse efeito na medida em que disfarça o alcance que se possa dar tanto a um como ao outro objetivo defendido pelas correntes, o que prejudica o grau de efetividade que as garantias ostentam no universalismo ou que as idiossincrasias das sociedades a tanto contrárias estabeleçam para seus integrantes no caso do relativismo.

De qualquer modo e levando em conta o quanto estipulado no Texto fundamental brasileiro que adota aquela visão ocidentalizada e portanto mais vocacionada a corrente universalista – basta para tanto citar a preponderância dada aos Direitos Humanos como um dos valores basilares previstos de plano no primeiro capítulo da Constituição de 1988, assim como o cômputo das mais variadas garantias que havidas por fundamentais reproduzem materialmente o rol do que se atribui a nomenclatura de Direitos do Homem – e reforçam a visão de um Estado de Direito que deveria não apenas ser delas garantidor, mas numa perspectiva criticada por Paul Kahn (2010, p. 09), eternamente vinculado ao melhoramento do sistema sem atentar para a sua própria realidade.

3 O ATIVISMO JUDICIAL: PARA ALÉM DO DEBATE TERMINOLÓGICO E FOCADO NA POLITICIDADE.

Desde a conformação da visão moderna de Estado posteriormente adequada à perspectiva democrática e garantista decorrente das revoluções liberais que procuraram, como visto no capítulo anterior, posicionar politicamente a soberania popular não só na origem mas também no destino da máquina pública por meio da contenção normativa propiciada pelo princípio da separação dos poderes e ainda pela estipulação do conjunto de liberdades fundamentais, o Poder Judiciário

aparece como instituição responsável pela resolução de conflitos e pela possibilidade de tutela dos mais variados interesses.

Essa atuação, embora um tanto quanto restrita inicialmente¹², passou a ser mais explícita no momento em que esse mesmo Estado sofre uma nova conformação em seu perfil institucional pelo afluxo de outras espécies de garantias alçadas ao mesmo patamar daquelas usualmente classificadas como direitos de primeira dimensão.

Assim, no "Estado de bem-estar social"¹³ a postura eminentemente negativa ou inerte face a liberdade e autonomia individuais tão preciosas à burguesia revolucionária cedem espaço a direitos de cunho prestacional, agora com relevo fundante no princípio da isonomia ampliando a pauta de valores fundamentais, circunstância refletida no acréscimo de garantias individuais e também coletivas nas constituições, o que aliás demonstra em paralelo o afluxo das categorias de Direitos Humanos representados de forma interacional pelos dois Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Muito embora essa linearidade seja alvo de críticas bem fundadas e não seja também idêntica em relação ao contexto particular de algumas comunidades políticas, inclusive a brasileira (SANTOS, 2014, pp. 330/348), o fato é que isso serve para demonstrar que a existência de prerrogativas diversas podem e concretamente terminam por ser exigíveis perante o Judiciário, o que por sua vez implica na assunção de outras técnicas de proteção desses interesses compatíveis com a natureza diversa desses atributos (MARINONI, 2010, pp. 138/154).

Entretanto a guinada não ocorre apenas no tocante a caráter procedimental.

¹² José Herval Sampaio Júnior (2008, pp. 13/22) ao tratar das teorias clássicas da jurisdição anota a visão de vários pensadores do Direito Processual Civil a respeito do exercício da atividade do aplicador do direito enquanto automatização do critério de subsunção da norma ao fato e do papel que para tanto contribuiu uma visão liberal de Estado.

¹³ Ao fazer uma nítida opção pelo viés social e democrático de Estado Paulo Bonavides (2011, pp. 203/204) o caracteriza eminentemente como um Estado paternalista e tutelar aos direitos da personalidade.

É possível destacar uma alteração do próprio perfil institucional da Judicatura não mais coerente com a expressão já célebre – *bouche de la loi* – cunhada por Montesquieu e que representava, à época, uma visão não apenas demonstrativa da preponderância do Parlamento em matéria de normatização de condutas e de materialização daquele mesmo valor primordial às sociedades democráticas mencionado linhas atrás, mas também preconceituosa pois a magistratura ainda representava resquícios da velha ordem.

Some-se a isto um aumento da complexidade social que segundo alguns autores (LIMA, 2012, pp. 27/30) tem provocado favorecido uma indeterminabilidade tão alta que termina por colocar em risco antigas certezas, dentre elas aquela muito cara a conformação institucional do próprio Estado de Direito lastreada na conformação clássica a respeito do princípio da separação dos poderes e acarretam a imposição à magistratura de novas responsabilidades que em regra não seriam compatíveis com o seu desenho original¹⁴.

É justamente sobre essas premissas que se embasa o que se convencionou chamar genericamente de “ativismo judicial”, a fim de identificar um caráter mais político da Judicatura quando da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico vigente de maneira mais criativa do que a simples operação subsunta do texto legal ao fato concreto própria ao exercício da jurisdição na resolução de litígios de índole individual.

O fenômeno em questão é razoavelmente recente, muito a embora a expressão que lhe serve de identidade ter sido utilizada pela primeira vez na década de 1940 por um jurista americano ao tratar das desavenças ideológicas no âmbito das decisões proferidas na Suprema Corte Americana (BRANCO, 2013, p. 389), principalmente no Brasil onde os estudos se avolumaram a partir de pensadores ligados ao neoconstitucionalismo¹⁵.

¹⁴ Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 394) em seu artigo intitulado “Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial” referenda esse raciocínio ao delinear instituto seja na ótica dos seus críticos, seja pelos seus defensores, como uma atuação do juiz para além de suas atividades naturais.

¹⁵ Daniel Sarmiento (2013, pp. 73/113), ao deitar as bases do neoconstitucionalismo no Brasil, sua recepção no contexto nacional, suas bases teóricas atreladas às vertentes pós-positivista, no impulso social gerado pela descrença no legislativo, assim como as críticas sobre essa postura dogmática, além da obsessão com a interpretação judicial da constituição e da

Tal circunstância implica necessariamente no cuidado metodológico consistente na delimitação do tema a fim de evitar sua equivocidade e que leve em conta as causas e seus parâmetros dogmáticos principalmente no tocante a tradição em que está inserido o pensamento jurídico brasileiro, além de sua contextualização na ação do judiciário nacional a serem exploradas nos itens subsequentes.

3.1 O PROBLEMA TERMINOLÓGICO NO ATIVISMO.

A mesma preocupação lançada no início do capítulo precedente permanece no introito da segunda parte dessa dissertação quanto à necessidade de discriminar as possíveis e variadas expressões utilizáveis para nominar o instituto em questão.

Neste ponto, o cuidado deve ser redobrado, haja vista que essa postura institucional do Poder Judiciário – cujas bases ainda muito superficiais foram lançadas acima – é razoavelmente recente no cenário jurídico¹⁶, diferentemente do que ocorre com os Direitos Humanos que contam com pelo menos duzentos anos de construção dogmática e normativa nas mais variadas perspectivas teóricas e até mesmo pragmáticas ou políticas.

Não há dúvida de que a expressão “ativismo judicial” tem sido amplamente preferida – inclusive já mencionada textualmente por Ministros do STF em discursos proferidos¹⁷ o que por si só já seria suficiente para denotar o grau de popularidade – a designar esse perfil da Judicatura, muito embora seja possível

democratização do próprio controle de constitucionalidade afirma estar presente no sistema brasileiro uma postura ativista do Judiciário.

¹⁶ Além da nota histórica referida no item anterior, ainda no âmbito internacional, Mauro Cappelletti (1999, p. 18), apesar de associar à Betham a expressão “direito judiciário”, portanto no século XIX, alude a atividade criativa como um fenômeno exponencial do século XX. Já no plano interno, a referência a uma postura diferenciada da Judicatura no tocante a uma atuação criativa, vale dizer, para além dos contornos clássicos de uma hermenêutica que se compõe basicamente da atuação do raciocínio silogístico entre a hipótese normativa e o caso concreto é referida por Leda Boechat (1991, pp. 29/50) ao tratar da “Doutrina do Habeas Corpus” no Supremo Tribunal Federal. Segundo a historiadora, por meio da visão vanguardista do Ministro Enéas Galvão, o instituto em questão, cujo objeto restringia-se à tutela da liberdade de locomoção, como classicamente considerado, na falta de medidas apropriadas à proteção de abusos e ilegalidades cometidas pelo Estado passou a ser entendido de maneira mais ampla como forma de proteção de direitos políticos, dos próprios Direitos Humanos e para o enfrentamento de questões federativas.

questionar a respeito de sua adequação, uma vez que o substantivo “ativismo” vem normalmente associado à noção de movimento, de luta, de atuação ao atendimento de uma pauta de exigências encabeçada por classes ou grupos sociais e políticos na consecução de seus ideais, circunstância mais apropriada ao estudo pela Ciência Política do que especificamente pelo Direito.

Essa dificuldade terminológica – levando em conta uma visão procedimentalista – assenta-se, ainda, no paradoxo imposto pela clássica orientação de que não caberia ao Judiciário, vinculado ao princípio da inércia (CAPPELLETTI, 2013, p. 76), atuar de ofício, ou – em termos semelhantes – sem que para tanto seja solicitado pela parte legitimada via direito de ação, aliás, uma das garantias fundamentais do indivíduo em tudo compreendida como prerrogativa básica dos Direitos Humanos sob a epígrafe de liberdade civil, assim caracterizado pela Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸.

Outras expressões, se se quiser evitar esse paradoxo mencionado, foram moldadas por vários estudiosos da temática, dentre estas: “criação judicial do direito” (COELHO 2013, pp. 476/477); “juridicização da política” (SOUZA, 2010, p. 87); “judicialização da política” (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p. 99) ou “juridificação da política” (DIAS B., 2011, p. 21); “direito judiciário” ou “jurisprudencial” (CAPPELLETTI, 1999, p. 17) e ainda “judicialismo constitucional” (TAVARES, 2012, pp. 13/14).

Apesar de uma utilização razoavelmente indistinta – o que só é possível para evitar-se, como ocorre que o termo “Direitos Humanos”, o vício estilístico – cada expressão pode empregar-se a uma realidade específica a merecer ressalvas de acordo com os contornos apresentados pelos próprios autores,

¹⁷ Em discurso por ocasião da posse do Ministro Gilmar Mendes, Celso de Mello defendeu a prática de eventual ativismo por parte do STF como uma necessidade institucional frente a inércia dos outros Poderes (Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/noticias>. Acesso em 08 jun. 2011).

¹⁸ O seu artigo 8º prevê um conjunto do que denomina garantias judiciais, dentre elas aquela estipulada no item 1 acerca do acesso à jurisdição nestes termos: “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

acautelando-se, entretanto, a linha comum que termina por transformar em gênero o instituto a partir do esclarecimento proposto na introdução do capítulo.

Veja-se, corroborando a precaução em pauta, no tocante ao embate entre as duas expressões mais correntes – “ativismo judicial” e “judicialização da política” –, o esforço doutrinário em distinguir uma realidade da outra, visto que esta última tem sido mais apropriada para retratar ou o caráter processual que o debate político vem assumindo, inclusive com o aporte de procedimentos assemelhados à tutela jurisdicional no âmbito legislativo ou, em termos mais associados à postura do Judiciário, o decisionismo sobre políticas públicas e a repercussão que isso gera não só quanto ao relacionamento institucional entre os Poderes constituídos, pernicioso para alguns (OLIVEIRA, 2012, pp. 99/100), mas também no impacto orçamentário, econômico e financeiro no âmbito estatal a ponto de merecer uma nova perspectiva analítica denominada “análise econômica do Direito” (DIAS V., 2011, pp. 330/332), indicando, por isso, o direcionamento dessa atividade não por aquele natural e historicamente legitimado – o Executivo – mas influenciado pela magistratura.

Ora, se o cuidado dogmático representou arguta observações em relação aqueles termos mais usuais, a conduta pode se espalhar em relação aos demais, sendo, no mínimo factível apartar destes também a expressão “juridicização constitucional”.

A priori, não haveria sua associação imediata com o perfil judiciário ora retratado, uma vez que o exercício da jurisdição constitucional – análise da constitucionalidade das leis – cujo debate, aliás, será travado no próximo capítulo – é tarefa costumeiramente associada ao Poder Judiciário, apesar da ressalva acerca das denominadas “Cortes Constitucionais” sob o modelo austro germânico cuja primazia reputa-se aos estudos de Hans Kelsen, confeccionando-se um padrão cujo caráter é estritamente de controle de constitucionalidade ao qual se pode conjugar o perfil tradicional como acontece com o sistema brasileiro, no qual o Supremo Tribunal Federal assume essa relevante função juntamente ao papel de corte recursal específico à atuação jurisdicional (SAMPAIO, 2002, pp. 46/47).

Entretanto, a denominação graça vinculada ao “ativismo” justamente porque foi no exercício da jurisdição constitucional que a magistratura encontrou

terreno fértil para a adoção de práticas que em tese extrapolaram a missão institucional conferida ao Judiciário em seu viés tradicional, por meio da implementação de princípios constitucionais em abono ao que seria tachado de uma visão "pós-positivista" (MAUS, p. 186) e na nova conformação dada às chamadas normas programáticas superando a classificação conceito de que tais elementos normativos, longe de significar apenas sinais ao legislador ou administrador como toda e qualquer norma constitucional, devem ser dotadas de um mínimo de eficácia sob pena de enfraquecimento da própria Constituição Federal, o que evidenciaria um contrassenso do sistema que reputa a norma fundamental como hierarquicamente superior e favorecendo o que se pode denominar como "mito da constituição" (NADAL, 2006, pp. 87/91).

Em relação a terminologia menos empregadas nessas paragens, as expressões "direito judicial" ou "direito jurisprudencial" são mencionadas por Mauro Capelletti em seu ensaio "Juizes legisladores?" levando em conta a produção criativa das cortes de justiça mas sobre o perfil específico do sistema do *common law* e que difere, portanto, daquela outra tradição a qual se filia o ordenamento jurídico brasileiro, algo, aliás, já diagnosticado por Benjamin Nathan Cardozo (2004, pp. 50/51) em seu conjunto de palestras proferidas na Universidade de Harvard e que condensadas fazem parte da obra "A natureza do processo judicial", nestes termos:

Nos países em que leis escritas se limitam mais frequentemente à declaração de princípios gerais, sem a tentativa de lidar com detalhes ou particularidades, a legislação tende menos a coibir a liberdade do juiz. É por isso que nosso Direito geralmente oferece maior liberdade de escolha na interpretação de Constituições do que na das leis escritas comuns. As constituições tendem a enunciar princípios gerais, que devem ser elaborados e posteriormente aplicados a condições particulares.

Apesar de ser uma tradição onde a criatividade no trato das relações jurídicas, estabelecendo padrões e dirigindo condutas, não represente novidade alguma, como literalmente mencionado na referência, cabendo ao Judiciário justamente a função de criar, a partir dos casos concretos, as normas gerais – tema ao qual se voltará mais adiante – estabelecendo-se sobre um sistema de

precedentes, a equivocidade da expressão leva, em uma tradição diferenciada como a brasileira – vinculada ao sistema romano-germânico – a atrelá-la a produção decisória do Judiciário, significando, aqui, mais uma padronização – vazada em elementos como as súmulas das Cortes Superiores, em regra sem aquele caráter imperativo, como se verá mais adiante – do que propriamente à caracterização de um perfil ativista tal como preliminarmente alinhavado.

Por fim, uma nota sobre outro termo corrente: “criação judicial do direito”.

Aqui, o que deve ser criticado, sob o prisma de uma associação porventura inapropriada da expressão com a locução corrente, está em confundir-se a consequência com o seu meio.

Conforme restou demonstrado no início da seção, o entendimento geral sobre o “ativismo judicial” parte do pressuposto que à prática dos juízes concerne em inovações sobre o alcance de postulados estabelecidos pelo legislador a ponto de configurar invasão a sua missão institucional sob as mais variadas formas de justificativa¹⁹: desde a implementação de valores e princípios constitucionais, reforçando o caráter superior da carta política em detrimento de opções ordinárias, até o argumento da “defesa das minorias”, significando uma visão contramajoritária da democracia em sua feição substancial e procedimentalista (ELY, 2010, p. 184) cuja nuance foi retratada acima pela invocação à própria expressão “ativismo” em seu contexto originariamente político.

Ocorre que para chegar neste resultado, o mecanismo fruído pelo julgador é aquele mesmo sempre utilizado no exercício de sua função típica: a interpretação e aplicação volitiva do direito (KELSEN, 1997, p. 394).

Neste contexto e a pretexto de extrair o conteúdo da norma, inclusive aquele mais recôndito, o órgão judiciário se vale da busca pelo sentido do

¹⁹ José Maurício Adeodato (2009, pp. 23/43) chega a afirmar que atualmente, o uso alternativo do direito e de uma hermenêutica filosófica implicam numa crescente politização do judiciário, tratando-o como criador do direito a fim de realizar prerrogativas em defesa dos cidadãos e minorias desprivilegiadas economicamente, superando uma visão tradicional da separação dos poderes em que se insere a visão do realismo jurídico como superveniente a primitiva teoria da decisão correta ou à teoria da moldura de matriz positivista e que apesar de permitir uma certa discricionariedade do interprete, diferentemente da primeira, está longe de sustentar uma radicalização concernente aquela atitude inovadora no ordenamento.

texto apoiado em critérios hermenêuticos que justifiquem, inclusive pelo uso retórico (PARINI, 2009, pp. 188/191), aquele entendimento que inicialmente não estaria contemplado pela regra²⁰ ou mesmo negada pela sua avaliação literal – como aconteceu, por exemplo, no julgamento da ADI nº 4277/DF na qual foi reconhecido o direito à configuração da união estável aos casais homoafetivos, apesar da dicção do artigo 226 da Carta de 1988 referir-se exclusivamente aos substantivos “homem” e “mulher” na conformação do instituto.

Aliás, os critérios clássicos de interpretação restaram mitigados em função desse novo papel, a ponto implicar na construção de novos contornos hermenêuticos, não por acaso, surgidos no desenvolvimento do Direito Constitucional (RAMOS, 2013, pp. 84/85).

No âmbito doutrinário, sob esta perspectiva, a figura de Robert Alexy (2011, pp. 117/131) e sua teoria da argumentação é, a esse respeito, exemplar.

Segundo o autor americano, o Tribunal Constitucional pode ser compreendido como uma instância representativa do cidadão, assim como ocorre com o Parlamento. Entretanto, enquanto o Legislativo enceta uma representatividade política, ao Judiciário cumpre este papel *argumentativamente*, inclusive quanto a Corte constitucional serve ainda de reflexão à anterior, legitimando sua atuação por meio da repercussão do público na aceitação destes resultados (ALEXY, 2011, pp. 53/54). Essa opinião encontra eco no sistema brasileiro e no papel que vem desempenhado o STF por ocasião dos grandes julgamentos, inclusive aqueles de caráter penal com a introdução da Teoria do Domínio do Fato que recebeu os aplausos da massa ansiosa pela condenação de agentes políticos já considerados corruptos pela mídia.

Já no terreno institucional, o Tribunal Constitucional Alemão, cuja influência se propaga no Brasil, especialmente pela atuação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, um adepto confesso não só do método, mas também de certas posturas do *Bundesverfassungsgericht* pioneiro – em se tratando de um órgão

²⁰ Segundo Willian P. Marshal (2002, p. 104), trata-se de um dos “sete pecados” do ativismo judicial ao qual o autor associa a um dos conceitos dessa postura e que consiste justamente na criação de direitos não existentes no plano constitucional positivado.

jurisdicional inserido em tradição romanística – a atuar como construtor de “pautas positivas da atividade legiferante” (MARTINS, 2011, p. 06)

Isto é possível porque na compreensão do conceito contemporâneo de “interpretação” está a ideia de que no campo jurisdicional esta ação intelectual não consiste apenas em desvelar o sentido da norma, mas também na sua parcela construtiva atribuída ao intérprete na busca pela verdade.

O tema, ao contrário do que muitos pensam, pode decorrer da própria visão sobre o ato aplicação do direito no âmbito do positivismo jurídico, sendo reconhecido até mesmo por Hans Kelsen (1997, pp. 390/395) uma margem de atuação discricionária do magistrado no que denominou de moldura normativa, sem contudo comprometer-se com a possibilidade – atualmente vindicada pelo ativismo judicial, acerca de uma liberdade mais plena em criar prerrogativas e atribuições em total inovação que se confundiria com a própria atividade legiferante, núcleo duro do perfil em estudo, afinal criticada, inclusive sob esta mesma visão jusfilosófica.

O que ocorre de fato, lembrando que a postura metodológica adotada não se coaduna majoritariamente com o caráter prescritivo, nem tampouco com a valoração acerca dessa atitude, é que o fenômeno tem sido identificado no Brasil, seja qual for a nomenclatura que se adote, principalmente no âmbito da atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal com impactos concretos em institutos jurídicos a serem logo mais explorados.

3.2 A POLITICIDADE DO JUDICIÁRIO NA TRADIÇÃO JURÍDICA CONTINENTAL-EUROPÉIA.

Em recorte histórico, situa-se o caráter ativista do judiciário na contemporaneidade, fruto, como visto na seção precedente, de um diagnóstico acerca da superação do papel tradicional exercido pela Jurisdição e estabelecida pelo “paradigma rousseauiano-montesquiano” (SANTORO, 2005, p. 39), principalmente aquela de viés constitucional, pelo influxo de princípios consagrados

em textos fundamentais a exigir uma ação prospectiva ou mais dinâmica do Terceiro poder.

Esse contraponto entre o passado recente da modernidade e o presente da pós-modernidade é mencionado, em caráter praticamente prevalente na Doutrina inclusive para abonar a tentativa de superação do positivismo clássico, lastreado na ideia de um "moralismo jurídico" (RAMOS, 2013, p. 88) consubstanciado na noção, também prevalente, que a interpretação e aplicação do direito não vêm desacompanhadas da respectiva valoração e *que pode* ser traduzida na crítica a adoção de um padrão exclusivamente normativista, sendo não só desaconselhado, mas desnecessário, ir aquém, até proto eras de uma atividade judiciária, à semelhança do que aconteceu no campo dos Direitos Humanos, cuja crítica restou consignada no presente trabalho ao discernir-se sobre uma postura historicista.

Estabelecido o ponto de partida, mais uma vez, a Revolução Francesa e seu ideário serviu de substrato no plano político e jurídico, conformando-se, como depreendido da citação acima, a atividade do Judiciário, principalmente porque o legado institucional, lastreado no princípio da ~~separação dos poderes~~, foi adotado praticamente por todas as comunidades ocidentais, transformando a divisão de funções entre o Executivo, Legislativo e Judiciário em verdadeiro dogma intransponível tal como formatado por Montesquieu, nos quais ao primeiro caberia a administração de políticas públicas; ao segundo a normatização de condutas e ao terceiro a aplicação dessas regras ao caso concreto, normalmente em resposta a demandas de natureza individual e patrimonial.

Ocorre que atualmente, os litígios submetidos ao Judiciário não ostentam apenas essa condição, própria, aliás, ao paradigma liberal como fruto imediato do processo franco revolucionário e que pode ser associado àqueles direitos de primeira dimensão (civis e políticos) dentre os quais está inserido o acesso à jurisdição, mas outras desta feita de caráter coletivo, por exemplo, a exigir um tratamento procedimental diferenciado, principalmente no que tange ao alcance das decisões (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 50).

Tal panorama fornece um indício sobre a modificação de paradigma do Judiciário, pois na mesma medida em que existiu um avanço no tocante as matérias tratadas no exercício da judicatura cujo resultado foi determinante ao surgimento de um novo tratamento procedimental, diversas outras circunstâncias demandaram ou, numa visão menos valorativa e mais consequential, foram utilizadas para justificar a crescente politização do Terceiro Poder reunidas sobre o tópos do neoconstitucionalismo²¹ (SARMENTO, 2013, pp. 73/74).

Só para continuar no espectro normativo, antes da análise de fundo proposta pela epígrafe desta subseção, o surgimento de outras dimensões de direitos no plano constitucional – os chamados “direitos sociais” – sufragaram a adequação do Judiciário ao atendimento de causas cujos fundamentos subsistiam nessa modalidade de prerrogativas que também foram alçadas ao plano constitucional.

Aliás, no contexto político isso representou a conformação de um perfil estatal – visto de maneira mais abrangente e sem levar em conta as idiossincrasias específicas do contexto histórico e social de uma dada comunidade, como a brasileira, por exemplo²² – chamado de “Estado do bem-estar social” a exigir pela própria conformação dos interesses não apenas um interdito contra Estado em respeito aos atributos, como acontecia, via de regra, em prol de direitos civis e políticos, mas também uma postura positiva das Funções públicas (BATISTA JÚNIOR, 2012, pp. 271/276).

Dessa exigência, como já antecipado, não escapou também o Poder Judiciário.

O mesmo ocorreu em relação ao papel e eficácia das normas programáticas em clássica conceituação proposta pelo Direito Constitucional, antes

²¹ Muito embora tenha um amplo alcance, a expressão denota uma visão pós-positivista e se associa a visão de que o Direito Constitucional e, portanto, sua concretização por meio da jurisdição é dotada de uma missão qualificadora do sistema, circunstância visível por meio do papel dos princípios e de sua aplicação pela Judicatura como forma de alcançar padrões de justiça. Ocorre que essa postura não só hermenêutica, mas principalmente política compreende a crença de que fala Paul Kahn (2001, 23) ao mencionar a crença de que o texto fundamental é produto da razão.

²² No Brasil, considera-se uma verdadeira precedência dos direitos sociais sobre as liberdades públicas invertendo a lógica marshallina e que tem reflexos na própria visão dos destinatários dessas garantias e da forma de exercício da cidadania no Brasil. (SANTOS, 2014, pp. 469/480).

diretrizes ao legislador ordinário, hoje dotadas de efetividade justamente pela atitude jurisprudencial compromissada em atribuir uma plena efetividade a toda e qualquer norma de *status* fundamental com embasamento interpretativo dado pelos estudiosos do Direito Constitucional com referência à teorização proposta por Konrad Hesse (1991, pp. 24/25) acerca da força normativa da constituição, muito embora essa mesma possa ser criticada quando se imagina que a própria inércia deriva de um silêncio eloquente que corresponde ao elemento discricionário do exercício de competências atribuídas pela própria Constituição ao Poder legislativo ou em alguns casos ao Executivo para editar sua regulamentação ou estabelecer certas políticas públicas justamente porque se tratam de atribuições a este conferido pelo constituinte originário.

Como se pode perceber essa variabilidade decorrente da conformação estatal ou a própria modificação no trato de demandas sob novas formas de tutelas ou, ainda, o surgimento de novas prerrogativas jurídicas fundamentais, apesar de suficientes para demonstrar uma alteração paradigmática do Judiciário em seu viés ativista, são elementos afluentes, se se quiser compreender o processo de politização do Terceiro poder de maneira mais completa.

Em acréscimo, é necessário empreender uma adequação ou, dito de forma menos acadêmica, alinhar o sentido que aqueles velhos sistemas jurídicos tradicionais – o *common law* e o romano-germânico – possam empenhar nessa discussão, inclusive quando se leva em conta a importação de modelos, teses e análises sob o papel das Cortes superiores, dentre estas a Suprema Corte Americana cujo destaque, obviamente, é sempre mencionado nos mais variados trabalhos de direito constitucional (LIMA, 2009, p. 55) a partir da inauguração de um modelo de controle de constitucionalidade estabelecido no caso *Marbury versus Madison*, motor do princípio da supremacia constitucional o qual não só exerceu grande influência na dogmatização desse instituto, mas firma as bases do papel mais incisivo do Judiciário no cenário institucional ao atribuir-lhe a prerrogativa de extrair do ordenamento jurídico uma lei proveniente do Legislativo acaso conflitante com o texto constitucional a ser defendido no seu âmbito de competências – o que já se convencionou chamar de “legislador negativo” – e que posteriormente passou,

com a evolução do sistema de controle, a permitir uma feição criativa das decisões judiciais, agora sob a alcunha de "legislador positivo" em contraposição aos parâmetros estabelecidos na formação do controle de constitucionalidade sobre o viés concentrado de matriz kelseniana (TAVARES, 2012, pp. 35/36).

Entretanto, por mais que se ateste a paternidade do sistema de controle constitucional e seu influxo – para alguns, evolução – na criação judicial do direito, necessário questionar se, de fato, é possível trabalhar com esse paradigma sem as devidas compensações a fim de justificar ou pelo menos caracterizar o ativismo judicial no Brasil, país nitidamente filiado ao sistema europeu continental de acordo com as lições mais elementares de introdução ao direito, sem que, acaso afastado, possa o cenário nacional ficar órfão, uma vez que essa tradição conta com seu próprio perfil de Corte Constitucional e, portanto, com elementos peculiares à formação de um viés também ativista na medida em que as Cortes Constitucionais de modelo austro germânico – também de criação kelseniana e, portanto mais próximas da tradição romano-germânica – possuem natureza tão ou mais política visto que o exercício de suas atribuições jurisdicionais não podem ser comparadas a atividade ordinária do restante da magistratura.

Apesar da possível crítica sobre a falibilidade do argumento, uma vez que a inter-relação entre sistemas, o afluxo de ideias, a reprodução de determinados modelos seja a tônica no campo dos estudos jurídico dogmáticos, basta lembrar o aporte de conceitos e teses francesas no cenário nacional no início do século, ou ainda a importação de orientações jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Alemão pelo Supremo Tribunal Federal, como já mencionado linhas atrás, o que se busca transmitir é que para um sistema tradicionalmente vinculado a lei, a criação judicial do direito e sua aplicação heterônoma – é disto que se trata, afinal o ativismo judicial – por parte dos tribunais gera um estranhamento demonstrado pela crítica sempre contumaz a respeito da legitimidade dessa atuação uma vez que não são órgãos representativos da vontade popular (MENDES, 2011, pp. 95/97).

Isso significa, traduzindo a objeção sob o contexto do objeto em discussão, que seria necessário buscar ao menos uma explicação – já que o

trabalho não comporta, como delineado na introdução, o respaldo ou a refutação sobre a validade da judicialização da política – sobre o motivo pelo qual em sistemas como o brasileiro, vêm-se tolerando o amplo sucesso da atuação judicial para além do espectro legal, dotando as decisões judiciais, principalmente aquelas advindas do controle concentrado de constitucionalidade, de um caráter mais que impositivo praticamente inexistindo o que se poderia chamar de “espaços jurisdicionais vazios” (SAMPAIO, pp. 247/248).

Algumas circunstâncias, já mencionadas no início dessa seção, como componente evolutivo da politização do Judiciário implicam numa espécie de transmutação do sistema em aproximação ao relevo dos precedentes (DRUMMOND e CROCETTI, 2010, pp. 48/50).

Em outros termos, trata-se de uma “miscigenação” no qual confundem-se os aspectos tradicionais do perfil continental europeu com aquela referente ao *common law*, o que por sua vez abre espaço, no campo teórico, visto ser um fenômeno real, a permissividade de fruição daqueles elementos, garantindo, portanto, a coerência a que se fez menção.

É bem verdade que esse “ecletismo” não deixa de ostentar forte conotação procedimentalista, o que não deixa de agregar a uma compreensão mais holística do tema, visto que os demais pontos tratados, como referido há pouco, têm natureza material.

3.3 ATIVISMO JUDICIAL E O CONTEXTO BRASILEIRO.

Pinçando duas reminiscências das subseções precedentes, foi dito de maneira genérica e abstrata, quanto à primeira, que o Estado de bem-estar social favoreceu, em alguma medida, o exercício do ativismo judicial em virtude da configuração de um conjunto de garantias que pela sua natureza, diferentemente do que acontecia com o Estado liberal, demandava uma prestação positiva consubstanciada, por exemplo, na execução de políticas voltadas a assistência popular como o direito a moradia, já que a Administração precisa, em atendimento a essas mesmas prerrogativas, destinar parcela do orçamento para a construção de

habitações ou, pelo menos, admitir o financiamento público por meio de programas de estímulo de crédito àqueles interessados em adquirir a casa própria, concretamente exemplificada pela tradição brasileira que remonta ao Sistema Financeiro da Habitação no governo de exceção e, acaso não dispensadas pelos agentes públicos, terminam por ser garantidas através do Judiciário ao ser provocado pelo eventual detentor do direito, apesar do argumento da "reserva do possível"²³ (DIAS V., 2011, p. 349).

Por outro lado, – em relação à segunda – a conformação teórica acerca da supremacia constitucional levou a Doutrina desse ramo jurídico a reconfigurar a noção de norma programática a ponto de fornecer material dogmático que legitimasse a politização do judiciário, como mencionado na seção precedente, agora sob o argumento de que tratar tais espécies normativas apenas como diretrizes – visão tradicional – consistiria numa atitude não só de enfraquecimento, mas principalmente de subversão dos valores fundamentais encartados, pois que apesar de estipuladas pelo constituinte originário, estariam sempre a espera de uma complementação do legislador ordinário carente, por assim dizer, de uma "vontade" objetiva.

Isso demonstra, apenas por esse dois exemplos – outros podem ser aventados e, de certa forma, já o foram por ocasião da análise terminológica empreendida na primeira seção deste capítulo – que o viés ativista pressupõe um estado de coisas favorável ao seu exercício, não sendo suficiente, apesar de logicamente razoável, estabelecer esses padrões de forma tão abstrata, como têm

²³ Segundo Onofre Alves Batista Júnior (2011, pp. 279/284) o postulado em questão – que pode ser compreendido sobre um aspecto fático (reserva econômica do possível) ou jurídico (reserva parlamentar em matéria orçamentária) impõe limites à fruição dos direitos sociais pois estas garantias, pela sua natureza prestacional implicam em um custo financeiro efetivo para o Estado – diferentemente do que ocorre em relação as liberdades políticas e públicas pelo caráter absenteísta do Estado – e que levado a efeito a depender das previsões orçamentárias e da eleição de prioridades cuja atribuição pertence aos gestores. Entretanto, a caracterização dessas prerrogativas como direitos fundamentais, portanto dotadas de conteúdo jurídico, bem como pela teorização acerca do mínimo existencial como princípio fundante de uma ordem estatal solidária e humanitária – resumida na expressão "Estado de providência" abrem caminho para a justificação da atuação do Judiciário neste campo a fim de dar efetividade a esses direitos, o que se associa ao raciocínio apresentado no texto acerca do caráter efetivo das normas constitucionais e da superação do critério de classificação dessas regras como programáticas.

feito a maciça gama de estudiosos sobre o tema e engendrará-los sem a correspondente autocrítica.

Primeiro, porque falar em um "Estado de bem-estar social" no Brasil, utilizando como paradigma o que ocorreu na Alemanha ou no México com suas respectivas constituições em 1919 e 1917, pode implicar num artificialismo irresponsável, descuidando o pesquisador de uma variada gama de elementos distintivos o que termina por reiterar neste campo aquela visão historicista de que se deu nota.

Observe-se que aqui, como desenvolvido argutamente por José Murilo de Carvalho (2011, p. 11) e Gisálio Cerqueira Filho (1982, pp. 180/181), os direitos sociais não só precederam os direitos civis e políticos – subvertendo a lógica tradicional ensinada nos manuais de direito constitucional sobre a geração de direitos ao reiterar o pensamento desenvolvido por T. Marshal para o contexto inglês –, mas também se acoplaram a uma forma peculiar de exercício do poder onde o Executivo prevaleceu sobre as demais funções sem que, necessariamente, tenha havido qualquer notícia de prática acerca da criação judicial do direito à época da Constituição de 1946 a qual, aliás, já albergava em seu conteúdo garantias fundamentais à semelhança das existentes na atual Carta política, devendo ser lembrado que, em seu período de vigência, experimentou a sociedade brasileira certo grau de democracia compatível com o momento atual.

Sem querer fugir ao escopo desse empreendimento acadêmico, aprofundando virtuais causas e resultados desse contexto sociopolítico ou com base, ainda, na correção formulada por aquelas dois pensadores de maneira independente mas bastante complementar – o primeiro associado a uma visão histórica da cidadania, o segundo aos aspectos sociológicos do instituto –, o certo é que, retomando o paradigma fixado nos primeiros parágrafos, a circunstância jurídico-constitucional, sucedida pela política, de uma maneira ou de outra, são sintomáticos para uma correta verificação da experiência ativista no Brasil, não sendo viável, nem aconselhável, mais uma vez, descrever um histórico minucioso que remonte aos desembargadores do paço sob pena de incorrer na postura já exaustivamente citada acerca do seu historicismo no paradigma popperiano.

Propõe-se, em recorte histórico, o diálogo dessa experiência – tal qual corroborada pelo Ministro Celso de Mello e já referenciado neste trabalho – com o passado recente, vale dizer: o ativismo judicial na experiência republicana, pré e pós-constituição de 1988, para fixar as bases desse perfil institucional para além desse marco histórico, tal como diagnosticado nos parágrafos anteriores.

Durante a história institucional brasileira é muito fácil encontrar momentos em que os poderes políticos ou influências de ordem diversa implementaram uma certa submissão do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, circunstância que termina por indicar a dificuldade material acerca da difusão da competência jurisdicional para além do paradigma normativo e dos critérios de aplicação clássica do direito pela magistratura.

Exemplar neste ponto, foi a alteração promovida no governo ditatorial a fim de ampliar o número de ministros da Corte suprema de onze para dezesseis com o claro interesse em adequar a linha decisional do tribunal à batuta do regime de exceção, em linha semelhante ao exemplo histórico dos Estados Unidos da década de 30, à época do governo Roosevelt e de seu *New Deal*, que propôs a reforma do judiciário a fim de permitir o aumento de indicações em função da idade avançada dos *justices*. Ainda no âmbito institucional, o Ato Institucional nº 05 contribuiu para minar a ação dos magistrados por suspender as garantias que permitem uma postura livre e independente da judicatura, abolindo a inamovibilidade e a vitaliciedade, sofrendo o STF com a aposentação compulsória de pelo menos três ministros nesta época (OLIVEIRA, 2012, pp. 30/40).

Some-se ao aspecto institucional, o campo material da ação da Corte, pois quanto ao próprio conjunto de competências, foi STF foi impedido de julgar originariamente *habeas corpus*, abolindo-se ainda o recurso ordinário em caso de mandado de segurança (OLIVEIRA, 2012, p. 40).

Seria simplório dizer, inclusive pelos poucos exemplos acima citados, que em função dos entraves provocados pela ditadura militar, não restasse ao Poder Judiciário, qualquer opção no tocante a implementação de certos valores característicos de um ativismo judicial, inclusive porque subsistia um texto fundamental que não só normatizava a possibilidade de manejo do controle de

constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mas também indicava um conjunto de direitos listados no artigo 150 à semelhança de muitos hoje previstos no artigo 5º, muito embora entre a abstração da norma e a concretude de sua aplicação permeie um enorme abismo.

O que ocorre, assim, é que um contexto favorável só surge efetivamente a partir de 1988, não só pela promulgação da atual Carta política, mas principalmente pela redemocratização do país, restabelecendo um panorama institucional de normalidade e verdadeira independência entre os poderes, além de não apenas restabelecer as competências do STF, mas também ampliar os contornos do controle de constitucionalidade ao admitir uma variedade de legitimados à propositura dessas medidas que como já mencionado corresponde a uma válvula de escape para a ação prospectiva da Corte (OLIVEIRA, 2012, p. 41), afastando-se, assim, o velho paradigma hermenêutico da *mens legis*, instrumentalizado pelos critérios clássicos de hermenêutica, para substituí-lo pelo *mens iudicans*, agora inaugurando, a partir da evolução do Direito Constitucional, um novo conjunto de critérios interpretativos específicos à tarefa, o que vem corroborar e reforçar o mito de que a análise da Corte Constitucional – ou mesmo no caso de sindicância por outros Órgãos da jurisdição pela autorização conferida ao chamado controle difuso de constitucionalidade – seja realmente diferenciada na atualidade.

É necessário reiterar que mesmo que se encontrem experiências ativistas experimentadas no contexto brasileiro anterior a atual Carta política, foi somente após a Constituição Cidadã e bem ainda em oportunidades mais recentes, levando em conta o que se tem chamado de constitucionalização do direito, que a Judicatura assumiu sem qualquer constrangimento o caráter ativista, substituindo-se aos outros poderes no que tange às suas funções típicas – para lembrar, também, uma clássica categoria de direito constitucional importada do pensamento americano dos *checks and balances* –, provocando um atrito institucional de alta escala, como demonstrou recentemente a tentativa abortada do Congresso Nacional em emendar a Constituição para inserir um mecanismo de controle por parte do Legislativo

acerca das decisões emanadas do STF quando importassem em inovação só comparável a atividade legiferante²⁴.

Isso, mais uma vez, gera ácidas críticas no campo doutrinário, principalmente relacionadas a ausência de legitimidade de um Poder não-representativo em discernir sobre políticas públicas, impondo um ônus financeiro a Administração, seja porque não apenas sem previsão orçamentária, mas, principalmente porque se ignorando voluntariamente o gestor e a liberalidade permitida pela natureza de sua missão institucional ou em criar situações e prerrogativas normativamente não previstas na legislação, depondo contra o princípio majoritário; outra e desta decorrente, uma das mais evidentes por sinal, restrita à quebra do princípio da separação dos poderes dada a substituição material do papel dessas duas instituições como já assinalado.

Observe-se, porém, mitigado o rigor da análise, que o argumento da violação da separação dos poderes, na forma como classicamente considerado, muito embora, em resposta, não se possa mais dimensionar esse dogma fundamental com os rigores de seu sistematizador, que como já lembrado, desconfiava do papel da judicatura pós-revolucionária (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p. 19).

Incide nessa conjuntura a reflexão proposta por André Ramos Tavares (2012, pp. 22) ao contrapor as figuras do "legislador desconfiado" junto ao "juiz desconfiado" explorando a irritação entre esses sistemas, destacando-se a terceira suspeita do primeiro em relação ao segundo:

o legislador pode temer o juiz por estar a magistratura a pretender atuar como um legislador paralelo, numa espécie de revisor universal da justiça das leis e, conseqüentemente, criador do Direito a ser aplicado. Esse tipo de situação pode originar-se de inclinações ideológicas da

²⁴ Lembre-se que em no final de 2014, por proposta do Deputado piauiense Nazareno Fonteneles, foi votada e aprovada na Comissão de Constituição da Câmara dos Deputados a PEC 33/11 que indicava a submissão das decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade, bem como as súmulas vinculantes a Chancela do Congresso Nacional, muito embora não tenha obtido êxito na continuidade de seu trâmite. O parlamentar deixou claro em sua justificativa que a proposta visava coibir o protagonismo do Judiciário e a prática do ativismo judicial pela Corte (<http://www.conjur.com.br/2013-abr-24/comissao-camara-aprova-pec-submete-decisoes-supremo-congressoealgumanoticiadejornal>). Acesso em 11 de março de 2015.

magistratura, mas não apenas isso. Pode ser também, uma espécie de reação da própria magistratura à fraqueza e estagnação legislativas (o que, mesmo assim, não deixará de causar temor aos legisladores).

Não importando ao desenvolvimento uma análise valorativa, como já definido em termos metodológicos e exaustivamente mencionado, a questão é saber porque mais recentemente no Brasil esse viés vem se confirmando, sendo razoável conjecturar uma resposta a partir da inversão a que se deu notícia em correção ao desvio do tratamento sobre a evolução de direitos fundamentais para a realidade da vivência brasileiras.

Neste aspecto, uma das garantias mais reconhecidas, inclusive pertencendo na visão tradicional à primeira geração de direitos e de caráter instrumental – o direito de ação – tem sido utilizado como válvula de escape ao exercício da cidadania no Brasil.

Tal fato deve-se, inicialmente, ao deficit de representatividade existente entre os políticos eleitos e a população e que se manifesta por um “vácuo” na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo (MEDEIROS, 2013, p. 539) quanto a regulação de matérias essenciais ao comércio jurídico e principalmente no tocante ao atendimento as demandas por serviços públicos sobremaneira os essenciais como saúde e educação, fato este potencializado pela “inflação de direitos” consubstanciados por uma constituição prolixa²⁵, o que faz retornar aos elementos já consignados nas linhas anteriores sobre o papel solidário do Estado, em relação a esta última crítica e será ainda objeto de consideração por ocasião do papel normativo do STF e respectivos instrumentos de sua vazão quanto a primeira em item posterior.

Não é a toa que um dos grandes mananciais de práticas ativistas está associado a implementação do direito à saúde por parte dos juízes que deferem

²⁵ Esse grande volume não está associado apenas a quantidade de dispositivos constitucionais ou de garantias consideradas fundamentais a par de princípios também basilares ao sistema e que são utilizados como *tópos* em decisões judiciais no controle de constitucionalidade (VALE, 2013, pp. 145/146), mas também no âmbito do que se denomina de constitucionalização do ordenamento jurídico e que consiste na apropriação pelo Direito Constitucional de matérias antes exclusivamente destinadas apenas a legislação infraconstitucional ou ainda a permeabilização das regras ordinárias por padrões constitucionais, permitindo a transformação de todo e qualquer litígio submetido à Judicatura em uma discussão de índole constitucional (SAMPAIO JÚNIOR, pp. 2009, pp. 36/40).

liminares em todo o território nacional para o custeio e benefício pelos Órgãos administrativos de medicamentos de alto custo e tratamentos de doenças que demandam vultosos investimentos, sempre denegados à população mais carente no uso ordinário do Sistema Único de Saúde.

A pouca vivência democrática experimentada, naturalmente baseada em manifestações, pressão política, dentre outros mecanismos de exercício formal e substancial de uma cidadania (RIBEIRO e SILVEIRA, 2011, pp. 70/73) – a sociedade brasileira parecer sofrer de certa sazonalidade no tocante as formas políticas de reivindicação (SANTOS, 2013, pp. 469/480) – o que termina por canalizar as angústias do indivíduo ao Terceiro poder (ASENSI, 2013, p. 213) que por sua vez age em função da reclamação formalizada em procedimento judicial justamente para atendê-las em um verdadeiro círculo virtuoso ou vicioso, a depender do olhar crítico sobre essa postura.

Mauro Cappelletti e Brian Garth em opúsculo já clássico, alertaram para o fenômeno, designando por meio das ondas de acesso à justiça, o *boom* experimentado quando se trata de facilitar os mecanismos procedimentais à população, garantindo como direito ágil e barato o atendimento de demandas junto ao Judiciário, que por sua vez tem respondido à altura sob o argumento a efetivação desses direitos em abono aos valores estipulados no artigo primeiro e aos objetivos previsto no artigo terceiro da Constituição²⁶.

No Brasil, isso vem refletindo na preponderância dos Tribunais e sobremaneira do STF cuja influência se faz sentir em três esferas a serem oportunamente abordadas em função do exercício da chamada jurisdição constitucional por meio de mecanismos processuais e que pode se resumir ao protagonismo da Corte Constitucional em questões antes relegadas, por exemplo, ao legislador cujo papel consistia em atender, com base na experiência e necessidade sociais, o anseio de padronização de condutas e, conseqüentemente, o

²⁶ Franciane de Fátima Marques (2009, pp. 86/87) tenta caracterizar o postulado da justiça na Constituição de 1988, relacionando esse valor de extrema equivocidade conceitual no âmbito da filosofia do direito, especialmente a partir do artigo 3º, inciso I, tratando do “justo” sob uma perspectiva material, a partir dos valores extipulados no seu introito. Em função disso e de uma “pragmática da justiça”, a autora termina por concluir que sua implementação demanda uma criatividade judicial (MARQUES, 2009, pp. 133/144).

estabelecimento de prerrogativas, como, por exemplo, a autorização legal para o casamento homoafetivo, cujo projeto de lei de autoria da Senadora Marta Suplicy ainda jaz no Congresso Nacional pendente de discussão e aprovação, o que foi superado, entretanto, por concessão interpretativa do Supremo Tribunal Federal sobre o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal que, no julgamento da ADI nº 4277/DF, entendeu por aplicar a esse contexto os mesmos direitos já sufragados no reconhecimento da união estável aos casais heterossexuais.

Sobre tal circunstância pode-se dizer tratar não apenas de ativismo judicial nos moldes até então caracterizados, mas em verdadeiro dirigismo judiciário brasileiro, visto que a inversão de valores vem sendo admitida pelas demais instituições políticas, uma vez que somente após a judicialização de uma determinada matéria e sua resolução por meio da Judicatura é que o Poder legislativo toma a iniciativa de preencher o vácuo, como aconteceu, exemplificativamente, por meio da alteração da norma sobre os crimes hediondos, editada pelo Congresso Nacional somente após o Supremo Tribunal Federal ter entendido que inviabilidade da progressão de regime nesses casos viola a Constituição Federal, provocando, neste aspecto por meio da lei nº 11.464 de 2007 que alterou o parágrafo segundo do artigo 2º.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, SÚMULA VINCULANTE E AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS DO STF.

Em algumas passagens anteriores, foi mencionado acerca do impulso gerado pela jurisdição constitucional ao ativismo judicial, correspondência lógica da utilização retórica do princípio da supremacia constitucional, cujo conseqüência colhido desde *Marbury versus Madison*, apesar da matriz americana, vem sendo a participação do Judiciário na vida política, principalmente quando se leva em conta o chamado controle de constitucionalidade inaugurado a partir das lições do *Chief Justice Marshall* por ocasião desse julgamento.

Mesmo corrigindo-se sua influência pelo viés da tradição, já que o sistema brasileiro, tal como sufragado em linhas anteriores, pertence ao modelo europeu continental e não ao *common law*, tal qual o estadunidense (SOUZA, 2008, pp. 87/88), persiste o entendimento do protagonismo judiciário contemporâneo (MAUS, 2000, p. 185), desta feita apoiado no perfil austro germânico de controle de constitucionalidade que implica, tanto num caso como no outro, em tratar o juiz constitucional como "legislador negativo" na acepção dada pelo próprio precursor desse sistema, pois mesmo com este caráter é possível compreender uma influência política que consiste justamente na competência atribuída para retirar do ordenamento uma lei emanada daquele órgão a tanto legitimado pela representatividade popular, deixando a última palavra sobre o processo legislativo aos juízes.

Mesmo assim, isso ainda significou, por muito tempo e em consonância ideológica com o clássico papel institucional da Judicatura, uma limitação ao caráter discricionário da atividade judicial, superado justamente pelo encontro entre a abertura proporcionada pelo velho princípio, agora revigorado em bases de uma pretensa teoria neoconstitucionalista que, dentre outras coisas, procura estabelecer um conjunto de critérios hermenêuticos diferenciados (RAMOS, 2013, p. 279) e uma nova visão sobre a função da Constituição como definidora de direitos que necessitam de implementação e atenção do aplicador do direito e não apenas um documento político, o que terminou por permitir a evolução da Corte Constitucional ao papel de "legislador positivo" e, portanto, do próprio conceito de ativismo judicial com o qual se relaciona intimamente.

Sem dúvida o exercício da jurisdição constitucional, entendida de forma ampla através dos controles concentrado e difuso²⁷ constitui a válvula de escape da postura política e que pode ser amplificada para todos os recantos da magistratura, do qual o exemplo mais comum é a determinação judicial no tocante a dispensa pela Administração Pública de tratamento médico-hospitalar de alto custo pelo Sistema Único de Saúde apesar da já decantada noção de reserva do possível.

²⁷ Enquanto o controle concentrado relaciona-se com a análise direta de um texto norma comparado em abstrato com a constituição, aquele de caráter difuso parte de um caso concreto submetido a Corte por meio de sua competência recursal (SAMPAIO, 2002, 131/136).

Nada obstante, o corte metodológico é necessário sob pena de inviabilizar a tarefa desse empreendimento acadêmico, sugerindo-se, por isso, a análise do papel do Supremo Tribunal Federal neste aspecto, justificada a escolha não só pela notória influência social e midiática que a Corte vem assumindo (LEAL, 2013, p. 432), mas também porque é esse Tribunal que vem dando provas constantes acerca da assunção dessa postura (SANT'ANNA, 2013, p. 98) cuja repercussão pode ser verificada em três instâncias diferenciadas junto ao cidadão comum; aos demais poderes instituídos; e ao próprio Judiciário.

4.1 AS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS DO STF.

Apesar da faceta mais comum associada a Corte Suprema brasileira, que repercute em função dos grandes julgamentos havidos no controle concentrado de constitucionalidade dado o seu alto grau de inovação hermenêutica, coerente, portanto, com o perfil ativista já delineado nesse estudo e terminologicamente caracterizado a partir da expressão “guardião da constituição” – como literalmente exposto no artigo 103 da Carta Política –, o STF é, diferentemente do que acontece com a Suprema Corte Americana ou com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na verdade, um tribunal híbrido²⁸, sendo-lhe atribuídas não só

²⁸ Essa heterogeneidade pode ser compreendida sobre duplo aspecto: a natureza do órgão que trata da matéria (político ou jurisdicional) ou acerca do sistema de controle exercido (difuso e concreto). Em relação ao primeiro, a Doutrina busca uma forma de qualificar as Cortes Constitucionais pela sua posição no sistema, acaso integrante do quadro do Poder Judiciário, portanto jurisdicional; ou se pertencente a outro Poder como o Legislativo, a exemplo do que ocorre na França, ou ainda, como um órgão *sui generis*, portanto “político” como é da tradição alemã, herdada da sistematização proposta por Keisen inicialmente para a Áustria e depois espalhado por outras nações. Em relação ao segundo critério, o controle concentrado é também fruto das ilações desse jusfilósofo quanto a necessidade de verificação em abstrato sobre a validade de normas integrantes do ordenamento jurídico em face da constituição, sem que para tanto exista uma polêmica interpartes que lhe sirva de substrato, restando ao controle difuso, de inspiração norte-americana, a análise sobre a constitucionalidade a partir de um caso concreto com implicações para a interpretação de um determinado postulado constitucional. Some-se a isto as noções hauridas da Teoria Geral do Processo que buscam qualificar o termo jurisdição, normalmente invocado, no tocante a perspectiva substancial, a partir do litígio que é o conflito submetido à análise do Estado que pelo exercício da função jurisdicional torna-se o árbitro da questão sobrepondo sua vontade à dos particulares como emanção do princípio da soberania. Assim, “tribunal” seria literalmente aquele órgão que exerce essa função, portanto, ostentando a característica de “jurisdição” (SAMPAIO, 2002, pp. 21/43)

competência para aquela forma de análise de validade das normas em abstrato, mas também com atribuição revisional (principalmente no tocante ao julgamento de recursos extraordinários, na ponta do controle difuso de constitucionalidade) e originária, conforme estabelecido no artigo 102 do Texto político, como o julgamento de ações penais propostas em desfavor de autoridades parlamentares federais; a impetração de mandado de segurança contra ato coator eventualmente praticado pelo presidente da república, por exemplo; mas, principalmente, aquela que interessa de perto ao presente estudo, referente ao julgamento do mandado de injunção individual ou coletivo quando o órgão regulamentador da matéria for o Congresso Nacional, todas previstas nos incisos III e I alíneas "b", "d" e "q", respectivamente.

Tal circunstância permite, portanto, não só o acesso pelos Órgãos de cúpula como acontece com a chefia do Ministério Público Federal, representada pelo Procurador Geral da República, dentre outros legitimados como o próprio Presidente por meio da proposição dos instrumentos vocacionados ao controle concentrado de constitucionalidade, mas também pelo cidadão comum a mais alta instância jurisdicional brasileira, fazendo com que possa chegar à análise do STF causas das mais variadas espécies, cíveis ou criminais, apesar de sua razoável e recente mitigação no campo recursal por ocasião da inclusão de um novo critério de admissibilidade para o apelo extremo instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a chamada "repercussão geral"²⁹ a ser devidamente indicada pelo recorrente por ocasião da interposição de sua impugnação ao acórdão emanado das instâncias ordinárias.

Isso demonstra que o particular, diante de perspectiva de conflito submetido à jurisdição, já antecipa a possibilidade de sucesso nesse empreendimento, confiante que, em caso de sucumbência nos tribunais inferiores, pode valer-se até mesmo do STF na solução do seu problema por mais ordinário que seja, desde que consiga configurar eventual afronta a algum preceito

²⁹ A Constituição estipula o critério em seu artigo 102, parágrafo 3º, que por sua vez foi regulamentado pela Lei nº 11.418 de 2006 que incluiu o artigo 543-A no Código de Processo Civil, conceituando-o como uma questão relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

constitucional, o que não é difícil haja vista o amplo rol de matérias hoje abarcadas pelo Texto político, sem contudo compreender – o que só é possível, obviamente, em função do domínio de um conteúdo técnico dogmático – se tal perspectiva possa ter ou não uma implicação perniciosa ao sistema.

Entretanto, o contato individual mais pertinente, em termos de fruição de direitos fundamentais pelo cidadão está associado a um mecanismo judicial – ele próprio também uma prerrogativa fundamental – previsto precisamente no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Brasileira: o mandado de injunção.

Segundo noção elementar sobre essa “ação constitucional”, providenciada, inclusive, pela própria dicção da regra de disposição, trata-se de medida adequada ao exercício de prerrogativas fundamentais pendentes de regulação pelo legislador³⁰.

Isso significa, repita-se, que qualquer indivíduo ou entidade coletiva pode exigir do STF, em caso de lacuna infraconstitucional à fruição de direitos considerados fundamentais que a Corte se pronuncie sobre o seu preenchimento, colmatando aquela inefetividade e cujo exemplo mais comumente apontado tem sido o direito de greve no serviço público³¹ previsto no artigo 37, inciso VI, cuja redação deixa explícita a necessidade de atuação do Poder Legislativo ao referir que o atributo em questão somente será exercido “nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

³⁰ Inspirado na doutrina americana que classifica as normas constitucionais como *self-executing* e *not self-executing* José Afonso da Silva (2007, p. 117), em obra pioneira sobre o tema no Brasil, qualifica os preceitos constitucionais como normas de eficácia plena, contida e limitada, pertencendo a esta última categoria aquelas que não prescindem de uma norma infraconstitucional para que possa manifestar seus efeitos, tornando-se, assim, completa.

³¹ O Decano da Corte Suprema manifestou, em voto exarado no MI 708/DF sua falta de resignação quanto a inércia do Legislativo que até a prolação daquele acórdão, passados dezenove anos, que caracterizou literalmente como omissão abusiva.

Analisando as correntes jurisprudenciais³² sobre o tema, percebe-se que, inicialmente, os ministros do STF aderiam a uma posição restritiva³³, entendendo sobre a inviabilidade de estabelecer, por meio do julgado, as regras necessárias a fruição imediata do direito, incumbindo-se, assim, apenas em “declarar” a mora legislativa, quer dizer, a ausência de atividade do legislador sobre a matéria, restando ao Tribunal tão somente a notificação do Congresso Nacional para que providenciasse o respectivo regramento.

Esse viés “não-concretista” na linha do pensamento do então Ministro Moreira Alves – como ficou figurativamente conhecida a postura (FERNANDES, 2011, p 17) – se justificou pelo respeito absoluto ao princípio da separação dos poderes, já que segundo os seus defensores, não poderia a Corte substituir-se ao legislador nesta tarefa, mesmo em se tratando de medida judicial cujo núcleo duro residia justamente na permissão dada pelo constituinte originário aos juízes em casos dessa natureza, transformando o instituto em algo totalmente desprovido de funcionalidade.

Apesar da razoável posição intermediária ocupada pelo Ministro Néri da Silveira – que se colocava entre os extremos representados pelas teorias da subsidiariedade e da independência jurisdicional – ao admitir a possibilidade de garantir judicialmente a eficácia da medida somente após a notificação do Congresso Nacional e o decurso de certo prazo para a colmatação da lacuna pelo Legislativo (FERNANDES, 2011, p. 15/16), a corrente “concretista” do então pensamento minoritário, terminou pesando sobre a necessidade de se aplicar o

³² A estas se antepõe a visão Doutrinária sobre o tema que qualifica o efeito do mandado de injunção: a teoria da subsidiariedade – que implica na limitação do Judiciário quanto a declaração da mora legislativa apenas; a teoria da independência jurisdicional em sentido diametralmente oposto a fim de garantir, inclusive efeitos erga omnes à decisão; e, por fim a teoria da resolutividade, que não se satisfaz com apenas com o conteúdo declaratório da decisão, garantindo o usufruto do direito, no entanto com efeitos apenas para as partes litigantes (FERNANDES, 2011, pp. 14/15)

³³ Ainda segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, pp. 17/18), tal posicionamento sempre foi objeto de ataque da maioria esmagadora dos estudiosos sobre o tema, tendo sido modificado, basicamente, em função de três circunstâncias: a adesão ao princípio da máxima efetividade da constituição; a força normativa da constituição, que em função disso estaria a mercê da regulação infraconstitucional, o que representaria verdadeira inversão do sistema; e a modificação da composição do STF que deixou de ser uma Corte de caráter conservador, o que demonstra a assunção de um caráter ativista.

mandado de injunção a partir da literalidade de seu texto, portanto, a partir da geração de efeitos palpáveis da garantia judicial e que findou por se tornar dominante, suplantando aquela visão, quando o STF decidiu, por meio dos mandados de injunção nºs 670, 708 e 712, acerca de sua competência não só em reconhecer a mora legislativa, mas em efetivar, estabelecendo padrões normativos, o próprio direito não-regulamentado, como aconteceu com o já exemplificado direito de greve dos servidores públicos objeto desses feitos, em postura comparável à revolução ocorrida no tratamento dado ao caso *Marbury versus Madison* quando a Suprema Corte Americana resolve atribuir-se a legitimidade para anular atos normativos o que só foi possível pela justificativa do princípio da supremacia constitucional³⁴.

O próprio ministro Eros Grau, hoje aposentado, em seu voto condutor no MI nº 712/PA, demonstra a perda de pudor em avaliar a questão sobre o prisma da função regulamentar do Supremo Tribunal Federal:

Salvo a hipótese de – como observei anteriormente lembrando Fernando Pessoa – transformamos a Constituição em papel “pintado com tinta” e aplicá-la em “uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma”, constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante.

A veracidade dessa associação pode ainda ser demonstrada não só pela altivez dada às decisões agora inovadoras no ordenamento, mas representada pela guinada mais radical formulada pelo STF até mesmo para além do entendimento que se poderia considerar avançado na própria perspectiva do Ministro Néri da Silveira sobre o tema, já que para o jurista, os efeitos da decisão em mandado de injunção, apesar do grau concretista, não ultrapassaria os limites subjetivos da demanda em função da natureza individual do *writ*, o que significa sua

³⁴ Em aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg que se tornou um opúsculo imprescindível para a teoria moderna do Direito Constitucional, em contraposição ao pensamento de Lassale, Konrad Hesse (1991, pp. 24/28), defendendo a juridicidade da Constituição, afirma que esta norma não só é apensa condicionamento de uma dada realidade histórica (ser), mas também condiciona essa mesma realidade em função de seu caráter prescritivo (dever ser), aduzindo ainda de maneira bem explícita que essa força vem demonstrada na “quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais” que estariam por isso autorizadas a proferir a última palavra sobre circunstâncias basilares da comunidade política.

aplicação apenas para os envolvidos no litígio, principalmente aquele cidadão ou entidade coletiva que buscou o auxílio do STF e que, portanto, representa uma visão moderada da tese não por outro motivo denominada de colocar “concretista intermediária” (FERNANDES, 2011, p. 16).

A Corte suprema foi além, pois entendeu por bem atribuir às decisões do mandado de injunção efeito *erga omnes*, o que à evidência significa ampliar sobremaneira aquelas lindes subjetivas à semelhança do que ocorre nos acórdãos das ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, confundindo o mandado de injunção especialmente com a ação de inconstitucionalidade por omissão³⁵.

Questão digna de aprofundamento, muito embora incabível no presente trabalho, resta notar que tal atitude, por óbvio, não deve ser atribuída à ignorância dos membros da Corte sobre a natureza jurídica e demais consectários do controle de constitucionalidade – lembre-se que a premissa para a assunção ao cargo consiste, além da reputação ilibada, no notável saber jurídico –, mas sim à apropriação daquele caráter ativista e, portanto, mas do que qualquer outra, a qualidade de “legislador positivo”, pois no resultado do julgamento, os ministros devem estipular em que condições o direito não regulamentado deve ser exercido, indo além da formatação do sistema inicialmente pensado para as atribuições de uma Corte Constitucional no paradigma fundante kelseniano ao qual se deu nota no capítulo anterior.

Ainda em análise oblíqua, percebe-se que as fundamentações utilizadas no âmbito da Corte ou se esquivam por meio de uma justificação cambiante a respeito do seu papel “legislativo”³⁶ ou omitem essa realidade, substituindo a motivação que antes era institucional – tratava-se, como dito, de

³⁵ A ação em questão, inerente ao controle concentrado, visa combater também a omissão considerada inconstitucional por impedir o cumprimento da pauta normativa da Constituição, subvertendo a lógica piramidal do sistema, pois coloca a mercê do legislador infraconstitucional a efetivação dos mandamentos regulados no Texto político. O instituto vem regulamentado pela Lei nº 9.868/1999 após alteração provocada pela Lei nº 12.063 de 2009 que inseriu o mecanismo após reforma na Constituição também pela Emenda nº 45/2004 e que se aproxima materialmente do Mandado de Injunção pelo objetivo propostos e deste deveria distinguir-se quanto aos efeitos da decisão prolatada em seu âmbito já que a generalidade é fruto da avaliação *in abstracto* das normas constitucionais pelos mecanismos associados ao controle concentrado.

respeito à independência do Legislativo e ao exercício político da atividade legiferante, pautada na discricionariedade ínsita ao desempenho de uma competência constitucional: o Parlamento não poderia ser obrigado a legislar, pois isso implica também em afronta ao princípio da separação dos poderes – por uma razoabilidade pautada no discurso sobre a necessidade de garantir a efetividade do texto constitucional, o que denota o grau retórico e plástico acerca das justificações em decisões judiciais.

Ora, neste patamar não se trata de averiguar o que dispõe a lei. Ela já era clara ao mencionar a finalidade do instituto entendendo por bem o STF valorar sua atuação no compartilhamento das funções estatais que na esteira clássica afastava do Judiciário a atividade normativa.

Entretanto, diante do que parece ser uma nova conjuntura – a necessidade de implementação de garantias constitucionais ante o diletantismo do Poder competente –, define-se uma estratégia diferenciada que, por sua vez, exige uma nova fundamentação, o que bem se amolda a uma certa visão evolutiva diagramada por Benjamin Nathan Cardoso (2004, p. 76):

O Direito é, na verdade um desenvolvimento histórico, pois é uma expressão da moralidade costumeira que se desenvolve, de maneira silenciosa e inconsciente, de uma era para outra. Essa é a grande verdade na teoria de Savigny sobre a origem do Direito. Mas o Direito é também uma evolução consciente ou intencionada, pois a expressão da moralidade costumeira será falsa se a mente do juiz não estiver voltada para a realização da finalidade moral e de sua materialização em formas jurídicas.

De qualquer maneira, o que importa para este tópico, retomando a análise acerca das relações institucionais encadeadas pela Alta Corte, é que o contato entre o brasileiro e o Supremo Tribunal Federal tornou mais próximo o Judiciário na medida em que a influência sobre o plexo de direitos do cidadão passou a realizar-se diretamente, sem a necessária intermediação do legislador,

³⁶ O Ministro Eros Graus, na já citada relatoria do MI nº 712/PA tenta promover uma distinção razoavelmente artificial sobre atuação “normativa” e “legislativa” no intuito de preservar o princípio da separação dos poderes e atestar a legitimidade da atuação da Corte no tocante a nova visão sobre os efeitos do mandado de injunção, atribuindo-lhe o primeiro papel e ao Parlamento o segundo.

sendo possível caracterizar o atual contexto como proporcionante de uma “cidadania judiciária”³⁷, circunstância que subverte a clássica visão do instituto como fruto da participação do indivíduo na arena político-reinvidicatória para a procedimental requisitória cujos contornos serão melhor expostos na última subseção deste capítulo.

Se isso pode ser constatado por meio do exercício do direito de ação pelo indivíduo, o mesmo se diga quanto à maneira indireta desse contato, entendida como reflexo do exercício do controle concentrado de constitucionalidade onde o STF, apesar de acionados por instituições em rol restrito de legitimidade ativa a fim de considerar a validade *in abstracto* de normas ou alcance de preceitos constitucionais tem definido pautas de relevância sobre a vida comunitária em suas mais variadas vertentes a exemplo da impossibilidade de progressão de regime³⁸, prevista na lei de crimes hediondos ou quanto à utilização de células-tronco fetais em pesquisas científicas³⁹; quanto ao caso da demarcação contínua da reserva indígena raposa serra do sol⁴⁰; o reconhecimento do *status* jurídico isonômico aos casais homoafetivos⁴¹; ou sobre a permissibilidade concedida a gestante para o aborto de fetos anencéfalos⁴².

Essa atitude provoca um fenômeno interessante e ao qual se referiu André Ramos Tavares (2012, pp. 21/31) ao contrastar as figuras do “juiz desconfiado” e, principalmente, “do legislador desconfiado”, dando a tônica do atual estágio de relação entre a cúpula do Judiciário e o Legislativo nacional e que tem implicações no próprio processo legislativo, pois em virtude da atuação do Terceiro Poder ou restaria a normatização ineficaz, pela absoluta falta de necessidade de intervenção do legislador pois suprida a sua omissão pelas decisões judiciais com

³⁷ A expressão relaciona-se a forma pela qual o cidadão brasileiro tem fruído dos direitos e garantias previstas no Texto fundamental e que difere de uma cidadania participativa, utilizando-se, para tanto, do exercício do direito de ação em grande escala após a abertura política, o que termina levando o Judiciário, em atendimento a essas demandas, a atuar de maneira ativista (SANTOS, 2014, pp. 340/343).

³⁸ HC 82959/SP

³⁹ ADI 3510/DF

⁴⁰ PET 3388/DF

⁴¹ ADI 4277/DF e ADPF 132/DF

⁴² ADPF 54/DF

efeitos *erga omnes*; ou lhe impondo o papel de coadjuvante, já que a ação legiferante serviria apenas de chancela aos padrões estabelecidos em precedente judicial, o que, aliás, já vem acontecendo, a exemplo da alteração promovida pelo Congresso Nacional na “Lei de Crimes Hediondos” apenas para adequá-la ao que já havia sido disposto no acórdão do *Habeas Corpus* nº 82959/SP emanado da Corte Suprema que considerou inconstitucional a vedação de progressão de regime prevista no artigo 2º, parágrafo segundo, hoje com nova redação proporcionada pela Lei nº 11.654/2007.

Mas talvez seja por meio de outro fenômeno que esse atrito institucional venha se mostrando mais intrincado, embora não menos importante do ponto de vista político, denominado por “objetivação do controle difuso de constitucionalidade” (AMORIM, 2010, pp. 37/40) em decorrência da atuação recursal do Supremo Tribunal Federal já referida.

Segundo lição corriqueira do processo constitucional, os efeitos propugnados nessa modalidade, assim como inicialmente previstos ao mandado de injunção, atingiriam somente os envolvidos no litígio, diferindo, portanto, daquele caráter mais abrangente oriundo do controle concentrado e cabível apenas ao STF ou aos Tribunais de Justiça por meio da interpretação das normas dos estados e dos Municípios em face das constituições locais.

Neste contexto, a avaliação sobre a constitucionalidade de determinada norma no âmbito do recurso extraordinário incidiria apenas sobre o patrimônio jurídico dos interessados, como se a lei sobre a qual se assenta a interpretação fosse inconstitucional somente para estes cidadãos, o que de fato representa verdadeira idiosincrasia do sistema, leia-se: um órgão de cúpula cuja função é averiguar exclusivamente a validade de uma norma, mesmo em se tratando de litígios individuais, reconhece a inconstitucionalidade de determinada matéria, o que, por óbvio, representa um grande problema levando em conta a gravidade do vício para um ordenamento que gravita em torno desse eixo havido por fundamental que é a constituição, muito embora se reserve a aplicação dos efeitos

da “nulificação”⁴³ reconhecida em decisão estritamente para aqueles envolvidos no problema.

Em outras palavras e de maneira mais objetiva, é admitir uma norma sabidamente e atestada de inconstitucional produzindo efeitos somente porque o procedimento para tanto utilizado ostenta natureza privatística.

Nada obstante, a Constituição traz em seu bojo uma válvula de escape ao configurar, no artigo 52, inciso X, entre as atribuições do Senado Federal, a possibilidade de, atento às decisões do STF nestes casos, suspender a execução da lei havida por inconstitucional nessa modalidade de controle de constitucionalidade, o que não só representa a possibilidade adequar o ordenamento, projetando os efeitos dessa declaração, antes restrita aos recorrentes, para todo o país – portanto com a mesma eficácia *erga omnes* adrede ao exercício dessa prerrogativa institucional – mas também o respeito incontestado ao princípio da harmonia entre os poderes, consubstanciada na clássica compreensão também haurida do pensamento constitucional americano na doutrina dos *checks and balances*.

A partir disto, duas considerações importantes merecem ser feitas e que terminam por ajudar na compreensão sobre a relação que ora se estabelece entre o Poder Judiciário – neste particular o ativismo do STF – e o Legislativo.

A primeira, diz respeito a eficácia do próprio dispositivo em questão.

Logo após a promulgação do texto constitucional, a existência dessa competência atribuída à Câmara Alta, foi interpretada como uma restrição à atuação do Supremo Tribunal Federal em relação ao controle de constitucionalidade, como se fora um referendo à compreensão da Corte sobre determinada matéria, de plano rechaçada pela defesa das funções institucionais do Tribunal quanto à sua missão precípua e relegando o artigo a uma interpretação literal e restritiva, vale dizer, apenas quanto ao controle difuso e a fim de corrigir justamente aquela perplexidade relatada em parágrafo anterior, como seria razoável pensar ao se ter em mente sempre as lições colhidas da visão marshallina.

⁴³ Segundo Luís Afonso Heck (2008, p. 44) tal circunstância decorre do poder atribuído aos órgãos de proteção constitucional em cassar os atos tidos por “anticonstitucionais”, bem como seus efeitos jurídicos.

Essa competência nunca foi exercitada pelo Senado, o que por si só já é um sinal distintivo da falta de aproximação entre essa e aquela instância institucionais e até mesmo indicativa da ausência de compromisso do próprio Poder legislativo com a higidez do ordenamento capaz de comprovar a mencionada leniência desta Função estatal utilizada como argumento autorizador do ativismo judicial no Brasil.

Tal negligência foi suprida, então, pela atuação da Corte superior a par das reformas provocadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, principalmente com a criação do critério da repercussão geral ao qual já se fez menção.

O requisito procedimental exige que a chegada de um apelo extremo ao Supremo Tribunal Federal passe pelo crivo da existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses dos litigantes envolvidos na causa⁴⁴.

Isso significa, explicitamente, que a Corte Suprema só se ocuparia de questões que possam influenciar toda a comunidade, gozando portanto de um apelo nacional, apesar de instigada pelos envolvidos numa contenda de índole particular, o que em tese se assemelha à compreensão que deve possuir o legislador a respeito dos assuntos que tocam os representados e, portanto, merecem não só a atenção do Legislativo, mas sua atuação no sentido de normatizar a conduta.

Mas não é só isso.

A possibilidade reiterada de precedentes havidos em função dos julgamentos em recursos extraordinários, pode gerar, também a critério dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais reformados, a edição de súmula vinculante cuja função é uniformizar a atuação dos Tribunais e órgãos judiciários inferiores, bem como a atividade da própria Administração Pública jungidos que estão a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à matéria e que consiste

⁴⁴ Esses três campos de interesse constam explicitamente no texto do parágrafo 1º do artigo 543-A do Código de Processo Civil de 1973.

na explicitação de uma declaração que compreenderia a visão “correta”, válida⁴⁵ ou mais apropriada estabelecendo um verdadeiro padrão jurídico⁴⁶.

Tal instituto, assim, gera a partir de demandas individuais emanadas do controle difuso e que em tese serviriam ao “sujeitos” a ela vinculados, como já reiteradamente referido, um enunciado geral e porque não dizer abstrato a ponto de objetivar a análise dos casos nas instâncias inferiores, terminando por transformar a primeira e segunda instâncias em reprodutores da visão hermenêutica da Corte superior, o que já dá a tônica, por sua vez, a respeito da relação institucional do Supremo Tribunal Federal frente ao restante do Judiciário.

As críticas são evidentes e manifestadas, por isso, no próprio meio, gerando desconforto desta feita entre o STF e a própria Judicatura ao afirmar-se, dentre outras coisas, que se trata não só de um possível engessamento da compreensão e interpretação do fenômeno jurídico, mas também da usurpação da independência e liberdade inerentes às próprias garantias da magistratura, tolhendo a atividade do juiz de primeira e segunda instâncias em sua função típica ao submetê-los aos contornos de eventual súmula vinculante e cuja análise será reservada com mais cuidado no tópico seguinte.

O segundo elemento está também associado à questão da normatividade no âmbito do Texto fundamental.

Dentre as espécies normativas previstas pelo constituinte derivado está catalogada a emenda constitucional precisamente no artigo 59, inciso I, como

⁴⁵ Vale a pena lembrar que o termo é utilizado aqui como sinônimo de compatibilidade que por sua vez se liga a questão da hierarquia do ordenamento, base lógico-jurídica para se admitir o controle de constitucionalidade, sendo válida a norma inferior, portanto, se compatível com aquela superior e que deve sua origem as definições propostas por Kelsen (1997, pp. 216/217) na caracterização do pressuposto final do ordenamento jurídico que é a *Grundnorm*, diferentemente da noção utilizada por Bobbio (2008, p. 47) para descrever esse caractere da norma jurídica mais ligado à questão de sua existência.

⁴⁶ Dentre as várias técnicas interpretativas, o STF vem adotando o “princípio da interpretação conforme a Constituição”, pensando como forma de compatibilizar o princípio democrático com a atuação no controle de constitucionalidade, tendo em vista o não-sacrifício da lei analisada, mantendo-a no sistema desde que seu conteúdo seja aquele invocado pela Corte como compatível com a Carta política, desenvolvido particularmente e importado da Alemanha o que termina por significar uma contenção teleológica formatada a partir da decisão da Corte, em detrimento, inclusive, daquilo que inicialmente foi pensado pelo próprio legislador quando da edição da norma (SAMPAIO, pp. 820/829).

uma forma de autorização ao denominado constituinte derivado a fim de manter a oxigenação do sistema constitucional.

Assim, a única forma de modificação do texto constitucional seria, em tese, por meio da ação legiferante, o que é coerente com a tradição estatutária do ordenamento jurídico brasileiro, não sendo possível, como ocorre naqueles outros vinculados à tradição costumeira, admitir a existência da derrogação pelo desuso, respeitando-se, portanto, o paralelismo das formas⁴⁷.

Entretanto, a Dogmática constitucional, à semelhança do que fizera no campo hermenêutico quanto à criação de um conjunto de técnicas peculiares à interpretação no âmbito da jurisdição constitucional, sustentada, ainda no campo retórico, na excepcionalidade e magnitude de sua função, cunhou a possibilidade de alteração não-formal do texto à denominada “mutação constitucional” a partir da influência sentida do Direito alemão:

Em mais de uma situação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E, a *contrario sensu*, admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida.

[...]

O fenômeno da mutação constitucional por alterações da realidade tem implicações diversas, inclusive no e notadamente no plano do controle de constitucionalidade. Ali se investigam categorias importantes, desenvolvidas sobretudo pela jurisprudência alemã, como a inconstitucionalidade superveniente, a norma ainda constitucional e o apelo ao legislador, por vezes invocadas pelo Supremo Tribunal brasileiro. (BARROSO, 2010, pp. 138/139).

Pela referência colocada, fica claro que o Supremo Tribunal Federal amplia a noção de “legislador negativo” agora não apenas aplicável às normas infraconstitucionais por meio da atuação clássica inerente ao controle concentrado,

⁴⁷ Apesar de técnica e óbvia, é relevante observar que uma lei só deixa de vigor no ordenamento conforme a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro em seu artigo 2º quando outra lei – portanto fruto do processo legislativo a revogar, o que significa que a decisão nas ações declaratórias de inconstitucionalidade não operam a revogação da norma pois não é considerada lei em sentido formal, o que, por sua vez, demonstra que a tutela judicial em questão se presta ao reconhecimento de um vício, neste caso a sua incompatibilidade com a Carta política, o que implica na consideração sobre sua nulidade.

mas do próprio documento político nacional, tornando-se praticamente autossuficiente quando se posiciona sobre o ordenamento jurídico.

Em relação ao Executivo o alcance do mal-estar parece ser semelhante.

Mesmo levando em conta a identidade quanto a atuação normativa – ambos os Poderes são “aplicadores” do direito em uma visão clássica sobre a atividade estatal – o Judiciário, que antes sequer imaginava syndicar, por exemplo, o exercício da função administrativa no campo dos atos discricionários, atualmente em relação a estes passou considerá-la viável desde que entre a motivação e os efeitos ocorra um descompasso aderindo ao que o Direito Administrativo chama de “Teoria dos Motivos determinantes”.

Apesar de ser algo bastante razoável para um sistema republicano – já que segundo os juristas consiste de certa maneira em um corolário do princípio da legalidade, pois que nenhum administrador goza de fato de uma liberdade irrestrita traduzível naquele juízo de conveniência e oportunidade – o problema surge quando o Terceiro Poder começa a influir na área das políticas públicas e no campo das diretrizes orçamentárias da Administração.

Neste contexto, o exemplo mais comum está associado as decisões judiciais sobre prestação do direito à saúde e às determinações para que os Governos federal e locais custeiem tratamentos de alto valor e complexidade muitas vezes não compatível com as finanças da unidade federativa, superando o argumento jurídico da “reserva do possível” como já citado neste estudo por ocasião da caracterização do ativismo judicial.

As críticas a essa postura são inúmeras e também dão o tom acerca da irritação entre essas duas esferas, normalmente associadas ao princípio da separação dos poderes e mitigadas, em idêntica medida nos valores constitucionais eleitos e presentes na Constituição a serem protegidos pela Instância judicial, como referido em linhas anteriores.

Diante disto, vem surgindo como contraponto – o que corrobora a assertiva dos dois parágrafos anteriores – a tentativa de superação no campo dogmático com o mesmo foro de razoabilidade e denominada, a partir de uma visão

multidisciplinar, por isso de “análise econômica do direito”⁴⁸ que contrapõe a decisão aparentemente justa de resguardar o tratamento de um indivíduo pela correspondente ao dever do Estado previsto de maneira bastante vaga e abrangente no artigo 196 da Constituição Federal em detrimento dos danos que isso possa provocar em relação a um sem número de pessoas cujo tratamento é mitigado em função da transferência dos recursos antes destináveis a muitos para apenas um único determinada nas sentenças judiciais, o que é pouco aquilatada nas razões de decidir.

4.2 A SÚMULA VINCULANTE, SEU CARÁTER NORMATIVO E SUAS VICISSITUDES.

Conforme se procurou demonstrar na subseção precedente, o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja no campo concentrado, seja até mesmo em caráter difuso, por meio de sua objetivação, influi de maneira relevante em muitas direções, o que, também, é sintomaticamente visível por meio da grande divulgação midiática da Corte.

Além do atrito institucional canalizado pela jurisdição constitucional em seu viés ativista junto ao Legislativo, principal foco do debate promovido pela maioria dos estudiosos do tema, uma vez que relacionada a atuação normativa da Corte e seu papel de “legislador positivo” – principalmente no tocante à crítica sobre sua legitimidade levando-se em conta a eventual afronta ao princípio da separação dos poderes, bem como a ausência do caráter representativo atribuível a seus integrantes –, anteviu-se, no final daquele tópico, uma discussão mais elementar, apesar de pouco explorada, acerca do instituto criado pelo constituinte derivado quando da alteração da Carta Política pela Emenda nº 45/2004, apelidada, não por

⁴⁸ Em passagem introdutória, Richard Posner (2011, pp. XIX/XX) dá conta a respeito dessa problemática ao enfatizar o campo de atuação dos estudiosos do Direito Constitucional e da Ciência Política a respeito de institutos como deliberação política, o interesse público guiado por princípios gerais e as adequações jurisprudenciais que os magistrados fazem por ocasião do julgamento de causas em detrimento de análises sobre princípios da “escolha pública” ou sobre a influência de lobistas no processo legislativo, ou ainda a interação estratégica entre os diversos organismos do Estado que podem ser associadas à “teoria dos jogos” ou outros modelos de escolha racional desenvolvidos na ciência econômica.

acaso, de “reforma do judiciário”⁴⁹ e que dentre outras coisas instituiu a súmula vinculante em seu artigo 103-A.

A sua razão inspiradora, ao menos quanto ao discurso de justificação para sua inserção no sistema, esteve relacionada preeminentemente com o princípio da celeridade, cânone processual que antes não constava do rol primitivo dos direitos fundamentais, mas que passou a ser previsto no conjunto do artigo 5º, precisamente no inciso LXXVIII, após a referida alteração constitucional, lastreada numa concepção contemporânea sobre a atuação do Judiciário e que corresponde ao que Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 302) denomina de “processo civil de resultados”, na medida dada à crítica sempre corrente a respeito da morosidade no exercício da atividade judicante que contradiz o desejo social pela agilidade nas decisões judiciais e muitas vezes atribuída ao grande volume de recursos⁵⁰ – entendidos no aspecto técnico processual (ROCHA, 2009, p. 119) – que protelam o andamento do procedimento, atrasando uma resposta definitiva do Judiciário sobre o conflito, apesar de conhecer-se e até mesmo antecipar-se, em função do que dispõem as súmulas já existentes no âmbito das Cortes superiores, o resultado de litígios já considerados repetitivos (SOUZA, 2008, p. 303).

Muito embora se possa discutir sobre a razoabilidade desse criticismo, uma vez que é natural ao processo o ônus relacionado ao seu tempo de

⁴⁹ A ação do constituinte derivado alterou vinte e cinco artigos da Carta Política: incluiu o princípio da razoável duração do processo entre o rol de direitos fundamentais individuais, submeteu o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, modificou a competência para a análise concessão da intervenção federal, deu nova conformação a composição administrativa do Conselho Nacional de Justiça, modificou de forma relevante circunstâncias relacionadas a atuação do juiz de primeira instância, passando a exigir, por exemplo, que o juiz resida na comarca onde atua, incluiu entre as competências originárias do STF a análise de ações propostas contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público, incluiu o inciso V-A a fim de permitir aos juízes federais a análise de causas que envolvam Direitos Humanos a partir do chamado incidente de federalização proposto pelo Procurador-Geral da República; acrescentou cinco novos artigos ao texto fundamental, dentre eles os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante; além de extinguir os tribunais de alçada nos estados onde eventualmente existissem.

⁵⁰ A veracidade do raciocínio pode ser atestada pelas substanciais alterações no sistema recursal brasileiro formatada a partir do novo Código de Processo Civil, que dentre outras coisas, abole espécies de recursos hoje previstas – como a figura dos embargos infringentes, por exemplo – ou trata de maneira diferenciada o efeito desses expedientes, como ocorre por exemplo com a supressão do caráter automático do efeito suspensivo das decisões apeladas, garantindo ao vencedor do litígio a execução provisória do julgado (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p. 26).

duração, existindo, de fato, demandas que exigem, pela sua própria natureza, uma cognição mais profunda e, por isso mesmo demorada (MELO, 2010, pp.110/111), o fato é que a existência de um paradigma eventualmente já estatuído pela súmula vinculante economiza o prazo de discussão ao permitir à magistratura, desde a primeira instância, um aparato técnico e hermenêutico para decidir peremptoriamente, sem o esforço de uma verificação detalhada, inviabilizando, além disso a possibilidade de sucesso de medidas recursais muitas vezes temerárias e protelatórias, funcionando a próprio súmula vinculante como uma cláusula de barreira, tal qual a função exercida por outros recentes mecanismos criados para o procedimento do controle de constitucionalidade difuso, cujo exemplo mais emblemático é a repercussão geral para o recurso extraordinário.

Segundo disposição literal do artigo 103-A, o Supremo Tribunal Federal, seja de ofício, seja por provocação externa, pode, atendido ao quórum qualificado previsto e que corresponde a dois terços dos integrantes da Corte, desde que a matéria tenha sido objeto de várias deliberações anteriores, aprovar súmula com efeito vinculante, publicada na imprensa oficial.

O elemento em debate, como induz a própria terminologia e para além da questão acerca da agilidade cobrada no âmbito da Judicatura, finda por restringir o alcance da atuação interpretativa das instâncias judiciais inferiores, na medida em que torna obrigatória a reprodução das razões de decidir uma determinada matéria de acordo com o enunciado proposto pelo STF e, assim, padroniza a compreensão de um instituto jurídico, atrelando, também, o exercício da função administrativa pelo Executivo, ambas as circunstâncias para todas as camadas da federação.

Ainda no que se refere ao campo conceitual, o artigo temático – que conta com três parágrafos os quais delineiam o seu perfil material e procedimental, tratando do conteúdo das súmulas, acerca da legitimidade ativa para a provocação do expediente, assim como do mecanismo responsável para garantir a sua prevalência – foi regulamentado pela Lei nº 11.417 de 2006.

Essa norma, no intuito de explicitar as questões relacionadas a súmula vinculante, reproduz alguns dos elementos constitutivos do instituto em seu patamar constitucional.

Nada obstante, algumas diferenciações são dignas de nota a fim de avaliá-la verticalmente com o cuidado que a ciência jurídica requer.

Dentre estas distinções, está o acréscimo realizado pelo legislador ordinário ao repetir o disposto no *caput* do art. 103-A da Constituição Federal quando menciona a competência atribuída ao STF não apenas e tão somente para a edição de “**súmulas vinculantes**”, mas sim para a formulação de “**enunciados de súmula vinculante**”.

De acordo com José de Albuquerque Rocha (2009, p. 10) o excesso pode ser visto sem maiores reservas, tratando-se, portanto, de dispositivos sinonímicos.

Ocorre que essa postura representa uma opção metodológica do autor, o que é visível pela preocupação manifestada ao longo da primeira parte de sua obra que trata da relação entre súmula vinculante e democracia.

Entretanto, a ressalva merece ser feita a fim de permitir uma caracterização correta sobre a natureza jurídica do instituto que segundo o próprio José Albuquerque Rocha (2009, pp. 11/16) ostenta a condição de norma jurídica, dotada portanto de um alto grau de cogência e não simplesmente de caráter persuasivo como ocorre com as “súmulas clássicas” para utilizar uma denominação proposta por Marcelo Alves Dias de Souza (2008, p. 253)⁵¹.

Neste contexto, as noções de “norma jurídica” e “enunciado normativo” são postulados discriminados pela Teoria Geral do Direito e que daí devem ser apropriados como base para a explicação desse fenômeno.

Não há como se embaralhar ambos os elementos, uma vez que o segundo compreende a manifestação gramatical e linguística do primeiro (BOBBIO, 2008, p. 73), este mais associado ao conteúdo ou ao significado do comando

⁵¹ A propósito, não se pode confundir esses termos ainda com o “precedente judicial”, este relacionado a um único caso onde são explorados os elementos constitutivos da decisão e que no âmbito do *common law* é suficiente para vincular os tribunais, tanto verticalmente quanto horizontalmente (ODAHARA, 2010, pp. 53/56), neste contexto, configurando o que os anglófonos chamam de *binding precedent* (SOUZA, 2009, p. 56).

emitido pelo órgão produtor da padronização de conduta, o que paradoxalmente é discriminado pelo próprio estudioso antes da conclusão acerca da previsão ontológica sobre a súmula vinculante já referida (ROCHA, 2009, p. 09).

Isso significa que a Constituição Federal atribui não só uma competência ao Supremo Tribunal Federal, mas sim um verdadeiro poder⁵² de emitir um comando⁵³ que se assemelha àquele previsto ao legislador, agindo a norma infraconstitucional regulamentadora como demonstração do exercício dessa discricionariedade, que de resto caracteriza todo poder político, ao discriminar a maneira pela qual essa determinação tomará forma no âmbito do STF.

É de se observar que a tradição na edição de súmulas no domínio dos Tribunais superiores não é novidade alguma, pois as Cortes de justiça costumam de tempos em tempos publicar a orientação pretoriana a respeito de um determinado tema e que se consolida a partir dos debates reiterados, seja no campo do exercício da competência originária, seja no terreno da competência recursal.

Não seria novidade ainda a possibilidade no sistema brasileiro de adotar-se entendimentos jurisprudenciais com certo grau de obrigatoriedade, fugindo-se à configuração clássica da súmula mencionada linhas atrás e mais associada a realidade dos sistemas ligados à família romano-germânica, circunstância muito bem catalogada por Marcelo Alves Dias de Souza (2008, pp. 175/265) ao delinear, em apanhado de natureza também histórica, o percurso do ordenamento nacional entre o precedente e a "súmula universalmente vinculante", referindo-se aos "assentos portugueses", aos "prejulgados" eleitoral e trabalhistas, às "sentenças normativas" da justiça do trabalho e às recentes reformas do Código

⁵² Neste aspecto válida também a discussão doutrinária a saber se a edição de súmula vinculante compreende uma obrigação estipulada à instituição destinatária, ou se se trata de uma prerrogativa do STF em editar conteúdos de caráter vinculante. Nesta circunstância, o próprio José de Albuquerque Rocha (2009, p. 06), trabalhando com categorias próprias da Teoria Geral, afirma tratar-se de um exercício discricionário por parte da Corte superior, o que se coaduna ao conceito de "poder jurídico" e que por sua vez corresponde a capacidade de criar ou limitar situações jurídicas subjetivas e objetivas.

⁵³ Para H. L. Hart (2012, pp. 23/33), noção de comando se aproxima mais do conteúdo jurídico a partir da exposição que o jurista faz do clássico exemplo do ladrão pois baseada no critério de autoridade. Apesar de mencionar que isso não é suficiente para caracterizar uma norma como jurídica, outros requisitos tratados pelo jusfilósofo, entre eles a generalidade, terminam por apoiar a visão aqui encampada.

Buzaid que buscam prestigiar o entendimento dos Tribunais Superiores conferindo, por exemplo, aos relatores de recursos nos Tribunais inferiores o poder de negar conhecimento ou dar provimento as irresignações dos recorrentes desde que em dissonância ou concordância com os entendimentos sumulados do STF ou do STJ, como fica claro da redação dada ao seu artigo 557.

Entretanto, o que ocorre para súmula vinculante é diferente.

Retornando ao paradigma legal no intuito de constatar essa divergência, tanto o texto constitucional, quanto a norma regulamentar, acusam ser objeto da súmula vinculante: a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas.

Uma análise apressada, induziria ao raciocínio de que esses elementos, ao contrário do que já se asseverou neste tópico, impõe à súmula vinculante aquela natureza típica da atuação jurisdicional, consistente no desvelamento do alcance das normas jurídicas nos quais podem ser incluídos de maneira mais genérica todos esses elementos.

De perto, porém, dois argumentos terminam por afastar esse raciocínio limitado, corroborando a premissa já lançada no que tange à aproximação do instituto à norma jurídica e, portanto, à semelhança do papel da lei em sentido estrito como fonte do direito em países vinculados à família do *civil law*.

O primeiro está ainda relacionado às noções gerais da Teoria do Direito e aquilo que já se convencionou chamar de "meta norma".

Conforme o alerta de H. L. Hart as "leis" compreendem não apenas as espécies eminentemente prescritivas ou sancionatórias, tais quais as integrantes do Direito Penal usualmente utilizadas para exemplificar o conceito de norma jurídica e distingui-la de outros campos normativos, criticando, o autor em sua obra clássica a tentativa de uniformização de seu conteúdo pela superstição da existência da sanção enquanto elemento fundamental e, por isso, equivocando-se ao desconsiderar as variadas funções sociais que o Direito pode exercer (HART, 2012, pp. 51/52), mas também aquelas cujo conteúdo consiste em declarar o alcance ou orientar a aplicação de outras normas do sistema, conclusão da qual não escapou o estudioso já várias vezes citados:

As súmulas vinculantes são metanormas em relação às normas legislativas (leis), pois diz em que sentido as últimas devem ser entendidas, o que lhes confere uma hierarquia superior às leis, vez que quem atribui maior significado aos textos legislativos tem mais poder do que quem formula os referidos textos. (ROCHA, 2009, p. 60)

O segundo raciocínio está, por sua vez, conectado a subseção precedente no tocante a necessária atuação da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o único até então apto a editar enunciados com esse atributo peculiar.

De acordo com o procedimento estabelecido pelas regras aplicáveis, a súmula vinculante deve ser fruto de uma discussão reiterada em decisões prolatadas nos recursos extraordinários, apesar de não existir um critério objetivo ou quantitativo que demonstre o momento oportuno de sua edição, sendo, assim, uma espécie de prolongamento da análise sobre a constitucionalidade de uma determinada lei, já que mesmo em sua competência recursal não cabe ao STF a sindicância sobre fatos do caso concreto.

Se os limites subjetivos desse pronunciamento antes se restringiam às partes do dilema, agora, por meio da edição da súmula vinculante, alcançam efeito *erga omnes*, circunstância também já mencionada no curso desse trabalho e que não representa novidade pois é disso que trata basicamente a noção de objetivação do controle difuso de constitucionalidade.

Essa sequência – também presente para o controle concentrado de constitucionalidade, o que vem denotando um real prestígio das decisões judiciais no sistema brasileiro – implica, então, que a súmula vinculante atinge indiscriminadamente quaisquer sujeitos submetidos à atuação da Corte suprema, o que por outra via significa, nada mais, nada menos, que a “generalidade”⁵⁴ do instrumento, um dos critérios utilizados para qualificar uma norma jurídica.

⁵⁴ Segundo Bobbio (2008, pp. 180/181) o critério não pode ser confundido como fazem alguns doutrinadores com a abstração, pois enquanto esta se refere ao conteúdo da norma, esta se associa aos seus destinatários, dirigindo-se a todas ou a apenas uma certa classe de indivíduos e cuja função é justamente garantir o valor da igualdade no sistema, objetivo do qual não escapa a súmula vinculante tendo em vista toda a discussão que envolve o papel da influência dos precedentes judiciais e da teoria do *stare decisis* que de uma certa maneira serve de modelo ao instituto.

Uma objeção que poderia ser levantada é que, além deste, a norma jurídica não prescinde de um certo grau de "abstração"⁵⁵, qualidade também inerente a lei no sistema de tradição continental como o brasileiro, sendo, portanto, insuficiente apenas a natureza genérica da súmula vinculante a fim de incluí-la como espécie normativa.

Nada obstante, os enunciados de súmula vinculante, da maneira como têm sido formatados, demonstram que também em relação a este atributo cumpre o instituto a necessária conformação, já que decorre diretamente da ampliação da *ratio decidendi* extraída dos mesmos precedentes, a fim de contemplar um maior número de situações jurídicas que se encaixem no paradigma estabelecido pela Corte Constitucional. Isso significa trabalhar na perspectiva do método indutivo, que privilegia a formação de uma hipótese geral a partir da sucessão de casos individuais, fato corroborado pelo pressuposto processual discriminado na Constituição a fim de que se possa ter um enunciado de súmula vinculante consistente na reiteração de decisões em sede de recursos extraordinários.

Além disso, a própria redação do enunciado mais se aproxima à técnica legislativa no tocante a qualificação de uma conduta ou a proibição de um ato do que propriamente a uma orientação conceitual, o que é sufragado pelo tom autoritário em que se deposita o mecanismo processual à disposição dos eventuais prejudicados pela não submissão do precedente obrigatório pelas autoridades constituídas e denominado pelo parágrafo terceiro do artigo 103-A da Constituição Federal de "reclamação".

Os autores especializados (ROCHA, 2009, p. 30 e SOUZA, 2008, p. 276) mencionam que esse expediente não é caracterizado como recurso, pois não atende ao conceito básico a respeito das impugnações de decisões judiciais, uma vez que não é proposto no curso de um vínculo jurídico-processual já instaurado, muito embora possa ser classificado como um sucedâneo recursal, na medida em que visa a sua alteração, inaugurando uma nova relação.

⁵⁵ Ainda na conformidade da exposição do jurista italiano (BOBBIO, 2008, p. 181), tal atributo liga-se à "ação-tipo" ou classes de ações abrangidas pelo enunciado descritivo.

Apesar da nomenclatura e de sua eventual inserção na Teoria Geral dos Recursos pelas razões expostas, o exercício dessa prerrogativa não destoaria ontologicamente do clássico direito de ação – lembrando aqui a antiga polêmica a respeito da natureza jurídica da “ação rescisória” – que é manejado pelo eventual prejudicado no momento em que um direito subjetivo é afrontado, não lhe restando outra saída se não buscar o auxílio do Judiciário a fim de garantir o direito material violado, que no caso dos países filiados ao sistema europeu continental é estipulado por uma lei presente no ordenamento jurídico como sua fonte primária.

Analogamente, a violação da súmula pelas autoridades obrigadas a aplicá-la, gera para o interessado o direito ao exercício da reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal, a fim de restabelecer a situação de normalidade que não é outra se não a visão da Alta corte sobre determinada garantia acobertada pelo entendimento sumulado sobre uma prerrogativa que aliás, pode ser o mais abrangente possível em virtude do caráter analítico da Constituição Federal brasileira que incide sobre os mais variados campos jurídicos num processo que já se convencionou chamar de constitucionalização do ordenamento jurídico.

Mesmo que se afaste o caráter formal dessas associações, a natureza normativa da súmula vinculante ainda pode ser encontrada na polêmica discussão a respeito do papel criativo do juiz, existente mesmo nos países filiados ao *common law*, uma vez que ao contrário do que se imagina, há presença de direito legislado (*statute law*), muito embora em menor escala àquela encontrada na tradição continental-européia e normalmente relacionados à exceções e restrições do sistema as quais não podem ser ignoradas pelos juízes como menciona José Albuquerque Rocha (2009, pp. 56/57).

Além disso, seja pela presença de uma visão “proto positivista”⁵⁶, seja pela noção do costume (pois em verdade é esta a fonte primária do direito anglo-saxão, tornado obrigatório por meio de seu reconhecimento jurisprudencial),

⁵⁶ De acordo com Bobbio (2006, pp. 32/37), é possível encontrar as reminiscências de uma visão positivista do Direito e, portanto, acerca da influência de um ordenamento jurídico posto por uma vontade institucional soberana na Inglaterra por meio da defesa feita por Hobbes em polêmica contra um dos defensores do *Common Law*, Sir Edward Coke, sobre o papel do Rei e Parlamento, em detrimento de um pretense Direito baseado nos costumes e na sabedoria dos juízes fixá-los, negando, assim, a legitimidade sobre a produção normativa à magistratura.

conjectura-se sobre a existência de normas jurídicas antecedentes ao processo de aplicação pelo juiz no exercício de sua função, o que colocaria o Judiciário desta tradição na mesma esteira da Judicatura no sistema romano-germânico no sentido de que ao aplicador cumpriria apenas revelar o sentido da norma, noção esta representada pela corrente teórica mais tradicional sobre o *stare decisis*, não à toa denominada de “declaratória”:

Apesar de ser imprecisa a origem exata da teoria declarativa, sabe-se que sua primeira formulação conhecida foi feita por Hale. Entretanto, sua formulação clássica é encontrada no não menos clássico *Commentaries on the Law of England* de Blackstone. Na citada obra, ao responder a questão de como se conhece ou se prova que determinada norma possui, por seu uso imemorial e universal, validade e força de lei, afirmou o autor que os juízes “são depositários das leis; os oráculos vivos que devem decidir em todos os casos de dúvida e que se encontram obrigados, por um juramento, a decidir conforme o direito do país(...)”. SOUZA, 2008, p. 42)

Ainda neste contexto, mas agora sob o pálio da doutrina intitulada *judge-make-the-law*, derivaram as vertentes que reconhecem um maior poder atribuído aos juízes, desta feita quanto à própria criação do direito apesar de eventuais normas preestabelecidas, real ou idealmente, dominando, naquele cenário, uma visão mais concretista a respeito da produção normativa pelas Cortes de justiça e que nos Estados Unidos tomou uma amplitude ainda mais severa em função das noções defendidas pelo Realismo Jurídico, de maneira exemplificativa aquela sustentada por um de seus expoentes clássicos, Jonh Chipman Gray⁵⁷.

Isso significaria, para parcela considerável de estudiosos, uma aproximação entre o sistema de precedentes e o *civil law* no qual se inseriria a atual cultura jurídica brasileira da qual a súmula vinculante é o maior expoente de como o

⁵⁷ Em ilustrativa passagem de sua obra *The Nature and Sources of the Law*, Gray (2012, p. 110) anota com agudeza que o precedente judicial é fonte do direito não apenas por reconhecer ou partir de uma regra admitida como obrigatória pela moralidade ou pela simples compreensão de ilustrados sobre ela, mas simplesmente pela autoridade conferida ao magistrado na sua produção, o que de certa forma, se aproxima das noções defendidas por Benjamin Nathan Cardozo, em outra obra de referência para o Realismo jurídico, “A natureza do processo judicial” - conjunto de palestras ministradas pelo jurista na Universidade de Yale e que foram condensadas em volume composto por quatro capítulos, no qual afirma peremptoriamente, acreditar, baseado em um certo empirismo, que os juízes criam a lei, muito embora restrita a operação aos casos lacunosos (CARDOZO, 2004, p. 02).

Judiciário nacional é capaz de produzir normas à semelhança do “direito jurisprudencial”⁵⁸, sobre o qual se dá nota:

A partir do século XX observa-se uma sensível aproximação entre as tradições de Common Law e de Civil Law. Vivencia-se, por um lado em especial nos países do Civil Law, uma perda da centralidade do Código, modelo por excelência da modernidade jurídica, no qual o direito estava preso a uma formulação estatal prévia e acabada. Caminhou o direito, diante de evidentes transformações sociais e tecnológicas, a própria Civil Law, para uma conformação mais adequada às reclamações sociais.

Também é responsável por essa aproximação a emergência do constitucionalismo contemporâneo, cujo perfil assenta-se na inclusão, do ponto de vista material, de elementos normativos diretamente vinculados a valores e opções políticas fundamentais. (DRUMMOND e CROCETTI in MARINONI, 2010, p. 48)

Ainda explorando o artigo base sobre a temática, veja-se que a súmula vinculante – apesar da possibilidade de sua edição inicialmente provocada por legitimados exteriores a magistratura, neste caso, os mesmos para quem a Carta política reconhece a prerrogativa de iniciar o procedimento do controle de constitucionalidade, o que reforça, aliás, a associação deste mecanismo à atuação da jurisdição constitucional entendida naquela visão mais restrita, apontada no capítulo antecedente – pode emanar da própria Corte suprema, por iniciativa de um de seus ministros.

Essa circunstância é sobremaneira relevante, pois afasta um dos postulados fundamentais que caracteriza a Jurisdição em seu viés subjetivo, associado ao princípio da inércia e que por sua vez distingue essencialmente o Poder Judiciário dos demais Poderes, dentre eles o Legislativo.

⁵⁸ A expressão é de certa maneira equívoca, mas relaciona-se a concepção criativa do direito pela atividade das cortes e nesse sentido diverge de “Jurisprudência” que se associa à própria Ciência do Direito. Ainda neste contexto, vale a ressalva a respeito dos vários sentidos em que a expressão “common law” pode ser empregada, listando Marcelo Alves Dias de Souza (2008, pp. 39/40) pelo menos quatro acepções: de contraposição a tradição do *Civil Law*; o conjunto de precedentes oriundos de tribunais anglo-americanos; as decisões originadas do poder judiciário desses países em distinção àquelas emanadas das “courts of equity” e que flexibilizavam a aplicação do precedente; por fim, o antigo direito face a conformação recente do ordenamento jurídico que vem admitindo a evolução de um direito legislado.

A conclusão, apesar de óbvia, é pouco mencionada e completa a aproximação do instituto à norma jurídica por meio de mais uma analogia à atividade legiferante, uma vez que o parlamentar, apesar da existência da iniciativa popular, rarissimamente fruía no Brasil, age de ofício, sem qualquer pressão ou requerimento prévio, quando entende por bem, no uso discricionário de sua competência portanto, normatizar uma certa conduta ao apresentar um projeto de lei que passa pelo crivo do Congresso Nacional até culminar com a edição da espécie normativa, circunstância que se amolda justamente à atuação *ex officio* do STF quando da opção em promulgar um precedente obrigatório.

A presença de um instituto com essas características e levando em conta o alto grau de influência relegado ao Judiciário em eventual desequilíbrio com as demais funções do Estado vem cercado de vicissitudes, granjeando elogios e apoio ou suscitando críticas e dissidências, muito bem discriminadas por Marcelo Dias Alves Souza e José de Albuquerque Rocha.

De acordo com o primeiro autor (SOUZA, 2008, pp. 281/307) – ele próprio um apoiador da técnica do *stare decisis* como se observa da rubrica das seções do último capítulo de sua obra, referindo-se aos críticos do caráter normativo da súmula vinculante como “puritanos” – os precedentes obrigatórios são vantajosos (i) porque mantêm o sistema estável na medida em que consolida e cristaliza o entendimento sobre determinada matéria, evitando a sua volatilidade que prejudicaria a confiança dos cidadãos nas regras estabelecidas; e em decorrência disso, (ii) garantem um alto grau de previsibilidade sobre a aplicação das normas e portanto ajudam à assimilação da conduta pelo destinatário da norma, favorecendo a própria eficácia social do ordenamento; (iii) implicam no aperfeiçoamento do trabalho do juiz pois decorre de todo um esforço das Cortes na análise dos casos e que terminam por gerar um precedente bem construído, além de envolver, seja de forma persuasiva, seja instintiva, a atividade dos magistrados de instâncias inferiores, relegando o tempo livre pela rápida solução do litígio com a utilização do precedente às atividades de aprofundamento teórico e prático sobre outros casos que necessitem de sua atuação, o que se soma, em caso de discordância na aplicação, a necessidade de ampla fundamentação a fim de demonstrar as razões

pelas quais aquele caso em particular não merece a incidência do precedente obrigatório; (iv) racionalizam a atividade processual fundada na celeridade do julgamento das demandas, pois como dito anteriormente abreviam a interpretação dos casos pela aplicação imediata de um precedente já considerado para razões similares; e, por fim, talvez sua maior qualidade, (v) permitem o respeito ao princípio da isonomia ao expurgar a possibilidade de decisões divergentes para casos com as mesmas características, atingindo o ideal de justiça representado pelo conceito de *equity* (SOUZA, 2008, p. 40).

No contraponto, o segundo autor (ROCHA, 2009, pp. 123/128), que além de tudo dissente da relação entre a súmula vinculante e o princípio democrático⁵⁹, (i) anota sobre a violação ao princípio da separação dos poderes, existindo uma superposição e não complementariedade de funções entre o Judiciário e o Legislativo, já que a súmula vinculante ostenta características idênticas à lei, sendo capaz de criar o direito, exemplo manifesto de ativismo judicial segundo os contornos já apresentados neste trabalho; (ii) destaca sobre a afronta à independência do juiz, pois diferentemente do *common law*, onde o julgador pode divergir do precedente por meio das técnicas aplicáveis do *distinguishing* ou do *overruling*, por exemplo, está o magistrado brasileiro atrelado ao posicionamento do STF, fato esse corroborado pela existência da reclamação a permitir a impugnação do desvirtuamento decisório, impondo a Corte suprema, de forma institucional e procedimental, o acatamento peremptório do precedente.

O curioso é perceber que a cada virtude discriminada pelo apologista corresponde, dialeticamente, um prejuízo sustentado pelo detrator.

No tocante à independência da atividade judicante, por exemplo, apesar de uma avaliação positiva de seu aspecto no campo procedimental garantidor de uma economia processual, tal circunstância representa, para alguns,

⁵⁹ Para o estudioso, a súmula vinculante viola o princípio democrático previsto no texto constitucional ao abolir a independência do restante da magistratura, do Executivo, criando uma desproporcionalidade entre as Instituições estatais e o STF, reservando a este uma posição hierarquicamente diferenciada, o que terminaria por modificar o perfil do próprio Estado Democrático de Direito em Estado de Direito Judicial (ROCHA, 2009, pp. 137/140), fato esse originado de uma alteração inconstitucional pela afronta da Emenda nº 45/2004, neste aspecto, em relação as cláusulas pétreas.

um desvirtuamento da própria ação funcional do magistrado, caracterizado como um “agente político” e, portanto, dotado de liberdade de ofício que em contexto específico condiz à sua “independência funcional interna” (ROCHA, 2009, p. 97) e, assim, sua autonomia em interpretar a lei e as circunstâncias do caso concreto a fim de definir uma solução para o tema na medida em que obedeceria apenas a sua consciência, muito embora limitado pelo ordenamento jurídico em vigor – entendido este em sua perspectiva positiva como analisado no capítulo segundo – e pelo princípio da motivação, exigência não só constitucional, mas principalmente republicana, agora afastada pela ação, para alguns, autoritária⁶⁰ do STF (ROCHA, 2009, 30) por meio de decisões porventura emanadas em reclamações que questionem o descompasso entre o magistrado e a súmula vinculante, medida essa, como já mencionado em linhas anteriores posta à disposição do prejudicado pela lei regulamentadora do tema em seu artigo 7º, o que só vem a referendar o argumento exposto na subseção precedente acerca de um atual dirigismo judiciário:

Ressalte-se, por ser importante, que a superioridade linguística da súmula vinculante sobre a norma interpretada não é só de natureza lógica (é também de natureza lógica justamente porque é uma dedução do próprio conceito de interpretação como atividade de atribuição de sentido, e a dedução é uma operação lógica por excelência), mas está consagrada na Constituição (artigo 103-A) e na Lei no 11.417, de 19 de dezembro de 2006 (artigo 7º e seus parágrafos) que criaram a reclamação para garantir a imposição da súmula vinculante aos membros do Poder Judiciário e das diversas administrações públicas, no caso de sua não observância, o que significa afirmar a superioridade da súmula vinculante e ao mesmo tempo eliminar a competência dos juizes para interpretar a súmula vinculante, o que não acontece em relação à lei, a respeito do qual o juiz mantém o poder de interpretá-la para, em função disso, aplicá-la ou não, tornando evidente, repetimos, a superioridade da súmula vinculante sobre a lei. (ROCHA, 2009, pp. 28/29)

A resposta não tardou, organizando-se, a fim de legitimar o desrespeito ao caráter heterônomo do instituto, um argumento dogmático capaz de

⁶⁰ É necessário pontuar que a existência da súmula vinculante, para além do critério normativo que se quer caracterizar neste estudo, pode ser complementada pela noção de poder em Paul Kahn (2001, p. 92). Para o autor, o poder consiste não apenas na aplicação da coerção ou do uso da violência, mas também na possibilidade de exclusão de formas rivais de pensamento, o que reforça a natureza do instituto e as bases do ativismo judicial lançadas acima, comprovando a assunção deste perfil pelo STF.

abrir o espaço virtualmente fechado pela literalidade constitucional, já que apesar da eventual existência de uma súmula vinculante para um determinado caso – atualmente já existem trinta e três delas “vigentes” – poderia o juiz ou o Tribunal encontrar diferenciações ou peculiaridades capazes de afastar a sua aplicabilidade, residindo essa possibilidade, por vezes, nas obscuras linhas de uma hermenêutica praticada pelos próprios magistrados – a exemplo dos novos critérios oriundos do Direito Constitucional, tal como criticado por Elival Sampaio (2013, pp. 86/87) – e privilegiando, por isso, uma discricionariedade renitente e inapropriada.

Isso significaria, também, adotar, em termos aproximados, a utilização dos institutos do *distinguishing* ou do *overruling* dentre os demais critérios técnicos de revogação de precedentes em analogia ao que ocorre no sistema do *stare decisis* extraídos da tradição anglo-saxônica⁶¹, uma vez que nestes sistemas a figura do precedente judicial tem contornos obrigatórios – à aparente semelhança do que se poderia dizer sobre o perfil da súmula vinculante – embora no Brasil não se tenha notícia, ainda, de um caso concreto em que o Supremo Tribunal Federal tenha se deparado com a necessidade de afastar pelas distinções da demanda submetida a juízo ou revogar pela alteração das condições sociais, políticas e jurídicas – ocasiões em que se aplicam um e outro critério, respectivamente (PORTES, 2010, pp. 115/118) – o enunciado de súmula vinculante, ou ainda, de alguma decisão ordinária que tenha fundamentado o afastamento das determinações da Alta Corte justamente pelas diferenciações do caso concreto.

Apesar da virtual possibilidade aberta pela Lei nº 11.417 de 2006, não existe nela, nem tampouco no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, qualquer referência de cunho procedimental a respeito da revogação dos

⁶¹ Em artigo sobre o tema, Maira Portes (2010, pp. 103/128) cataloga vários mecanismos de superação ou flexibilização do precedente colhidos da sistemática do *Common law* e que não se resumem apenas aos mais dois mais conhecidos e citados no texto, dentre eles os originados da chamada *Jagged doctrines* que se coadunam aos princípios vetores da postura reformista denominados “congruência social” e “consistência sistêmica”, ambos associados às modificações sociais e evolução acerca da compreensão sobre os conteúdos dogmáticos que levaram à conformação de precedente e que não representariam mais os valores do momento em que o caso estaria sendo analisado, fato esse que bem aproxima a visão dos novos critérios hermenêuticos do Direito Constitucional no sistema do *Civil Law*, além da influência das teorias moralistas sobre o Direito mencionadas no capítulo anterior e que terminam por fundamentar a postura ativista do Judiciário na guinada de posição sobre certos temas no âmbito do controle de constitucionalidade.

enunciados de súmula vinculante, o que torna essa possibilidade tão abstrata que chega a ser inviável.

4.3 DIREITOS HUMANOS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

Da conjugação entre os capítulos anteriores, especificamente quanto ao segundo nas conclusões apontadas na penúltima subseção, é possível associar de plano a atividade da jurisdição constitucional em seu contexto ativista aos Direitos Humanos, na medida em que o STF vem definindo posições sobre a efetivação dessas prerrogativas, dentre outras maneiras, por ocasião da influência de normas internacionais sobre a categoria.

Basta, a título exemplificativo, mencionar a derrogação operada pela Suprema Corte no próprio texto da Carta política de 1988 ao considerar não mais existente a possibilidade prevista no artigo 5º, inciso LXVII, ampliando a proteção contra a prisão civil por dívidas ao afastar a sua segunda exceção, relativa à constrição pessoal do depositário infiel, circunstância onde se insere, ainda em correlação ao que foi apresentado anteriormente, o que os constitucionalistas chamam de mutação constitucional.

De acordo com a fundamentação lançada nos acórdãos e que terminaram por servir de paradigma à súmula vinculante nº 25⁶², tal exceção a restrição à liberdade individual no campo civil patrimonial, decorre da incidência, no Brasil, dos termos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos – o “Pacto de San José da Costa Rica” – no qual se encontra exclusivamente a permissibilidade da prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia, o que tornaria incompatível o ordenamento jurídico brasileiro com o sistema de proteção internacional dos Direitos do Homem a merecer a devida adequação.

Ainda segundo se vê pelas motivações, a adesão do Brasil e a contenção da hipótese de prisão civil por dívida, demonstra o valor atribuído pelo Estado aos cânones que servem de fundamento a esta República Federativa,

⁶² O enunciado da súmula afirma que é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

principalmente no favorecimento do princípio matriz da "dignidade da pessoa humana", sendo razoável cogitar de uma ampliação acerca da efetivação dos direitos fundamentais mesmo que isso implique em mitigar uma norma contida em seu próprio rol.

Isso corrobora que a uma possível distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais sustenta-se apenas figurativamente, uma vez que, quanto ao seu núcleo duro, as prerrogativas ostentam o mesmo âmbito de proteção justapondo-se uns aos outros, consideradas, no caso do exemplo dado em particular, como liberdades públicas de primeira dimensão, mas percorrendo o caminho inverso ao da "internacionalização" tal como caracterizado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p.35).

Assim, considerar a existência da ampla lista de garantias fundamentais no Título II da Constituição Federal, portanto, de "Direitos Humanos positivados", significaria, silogisticamente, que as instituições estatais, jungidas que estão à norma, devem assumir uma posição "materialmente garantista" (LIMA, 2009, p. 40) e, assim, resguardar ao cidadão todos esses atributos no exercício de sua competência, dever do qual não se podem desincumbir pelo simples de fato de não estar incluídas em normas nacionais, evidenciando, pois, que aqueles "Direitos Humanos não-positivados" podem e devem ser tratados em igual medida, o que corresponde a justamente à saída encontrada no exercício da jurisdição constitucional para sua inserção no sistema, o que, aliás, é facilitado pelo alto grau de abstração das normas principiológicas⁶³ da Constituição Federal, servindo de pretexto para o exercício de uma interpretação moralista⁶⁴, axiológica ou mesmo

⁶³ Sobre o tema, a notável contribuição de Alexy (2011, pp. 156/157) ao explicitar a distinção entre normas-princípios e normas regras, alicerçada não apenas na sua natureza, mas associada ao papel da jurisdição constitucional e do critério da ponderação como tentativa de objetivar o que parece ser por demais subjetivos quando se confrontam valores colidentes no sistema.

⁶⁴ Aqui tomado na acepção proposta por Elival da Silva Ramos (2013, p. 49) ao discriminar o exercício da jurisdição constitucional em encontrar uma pauta objetiva de valores a partir da Carta Política, o que só é possível pelo interpretativismo amparado em uma "nova hermenêutica" consentânea a efetividade desses postulados.

"intuicionista" (LIMA, 2009, pp. 41/42) pela Suprema Corte, questões essas afetas ao perfil criacionista do Poder Judiciário⁶⁵.

Aprofundando a questão, o Supremo Tribunal Federal, na tentativa de dignificar essa classe, atribui aos tratados sobre Direitos Humanos o *status* de supralegalidade (GOMES e MAZZUOLI, 2010, p. 92), o que significa admitir sua superior posição hierárquica em relação às espécies normativas ordinárias e catalogadas no texto constitucional, especialmente no artigo 59 e seus incisos, o que por sua vez implica considerá-las em grau inferior aquelas que integram a própria Carta política, fato representativo de uma classificação no mínimo paradoxal ao que propõe o parágrafo 2º, artigo 5º do Texto⁶⁶ e cujos inconvenientes são visíveis.

Afinal, seria possível tratar de um conflito entre a base da pirâmide e seu campo intermediário?⁶⁷ Ou ainda, a importação de tratados e convenções sobre Direitos Humanos não assinados ou ratificados pelo Brasil poderia influir no ordenamento jurídico nacional dada a sua aproximação material com os valores explicitados na Constituição?⁶⁸ Em caso positivo isso não significa, em alguma escala, afronta ao princípio da soberania?⁶⁹ Por fim, é possível cogitar sobre a

⁶⁵ Essa relação ainda pode ser pensada no sentido inverso, o que também corrobora o raciocínio da imbricação desses sistemas. Martônio Mont'Alverne (2008 pp. 458/459), a pretexto da análise sob a reforma do Judiciário, defende a importância que positividade de direitos possui para a vivência de garantias pelos marginalizados, que encontram, assim, uma saída para usufruir de condições que materialmente são negadas.

⁶⁶ O dispositivo em questão amplia normativamente a compreensão e impede, assim, uma visão restritiva acerca dos direitos fundamentais catalogados no artigo que integra ao mencionar que essa categoria não exclui outros porventura decorrentes dos regimes, princípios ou tratados internacionais por ela adotados.

⁶⁷ Ocorre que, apesar de uma resposta figurativamente afirmativa, não existe no ordenamento jurídico-processual uma forma de "controle de convencionalidade", muito embora se possa descrevê-lo em analogia às regras do controle de constitucionalidade para que qualquer órgão do Judiciário possa assim proceder. Entretanto, tal atividade seria no mínimo questionável já que regras de competência devem ser explicitadas na própria Carta política.

⁶⁸ A questão remonta a dualidade discriminada na parte inicial deste trabalho e se associa as distinções que um eventual relativismo possa assumir no tocante a comunidade brasileira, valendo para cá todas as considerações já mencionadas naquele tópico.

⁶⁹ A importação de teses, princípios ou precedentes de outras Cortes constitucionais normalmente europeias, muito especificamente da Alemanha, ou ainda dos Estados Unidos em menor escala, sem a devida compensação se não impede, pelo menos dificulta o desenvolvimento de uma teoria ou manifestação jurisdicional próprias.

deturpação de elementos culturais específicos da comunidade política brasileira em abono a uma visão globalizante?⁷⁰

Se esses questionamentos são legítimos do ponto de vista acadêmico, outros se colocam ainda do ponto de vista da aplicação do direito pela atividade jurisdicional.

Voltando ao tema dos tratados sobre Direitos Humanos, a questão parecia caminhar para uma interação completa entre os sistemas, tendo em vista o ingresso no Texto constitucional do parágrafo 3º do artigo 5º pela mesma Emenda Constitucional nº 45/2004 que alterou parâmetros de atuação do STF e que incluiu, como visto na subseção anterior, o instituto da súmula vinculante.

Segundo disposição literal, as convenções internacionais que versem sobre a matéria e que forem aprovadas pelo mesmo procedimento relacionado às emendas constitucionais assumem esse mesmo *status*.

O que findou por ocorrer, diferentemente daquele entendimento sempre manifestado no STF, é que dessa maneira se amplia o bloco de constitucionalidade⁷¹ não sendo mais racional ou produtor atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos um *status* supralegal, o que por sua vez repercute diretamente no exercício de controle de constitucionalidade, pois além do próprio texto da Constituição, deve a Corte suprema passar a preocupar-se com os “excertos constitucionais” quando da análise de qualquer dessas medidas, desde aquelas propostas pelos legitimados institucionais no campo da verificação *in abstracto*, até mesmo às manejadas pelo cidadão comum e que podem chegar à Suprema Corte como visto anteriormente pela via recursal ou direta – a exemplo da reclamação em caso de violação de súmula vinculante ou do próprio mandado de injunção –, pois passam agora a servir de paradigma para a verificação da validade das normas no sistema.

⁷⁰ Esse fator bem se amolda ao contexto criticado por Boaventura de Souza Santos (2010, p. 41) como uma forma de “colonialismo interno” e que mitiga a construção de uma experiência latino-americana, atualmente referidas em estudos da “descolonialidade”.

⁷¹ Termo utilizado para se referir não apenas ao texto formal da constituição como paradigma de adequação da norma infraconstitucional, mas outros elementos, de caráter material, portanto, que podem servir de parâmetro para a interpretação do juiz constitucional e que varia em diversos países (SAMPAIO, 2002, pp. 185/202).

Entretanto, o maior problema está relacionado ao que pode ser caracterizado, por outro lado, como um retrocesso praticado pelo constituinte derivado na medida em que os tratados sobre direitos humanos, independentemente de sua formalização na composição do citado bloco de constitucionalidade, já poderia ser utilizado como pauta principiológica de interpretação a fim de conformar o ordenamento a partir dos valores constitucionais cuja vazão ocorre atualmente pela prática de um ativismo judicial e antes pela abertura já inscrita no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição brasileira, inclusive quando se leva em conta justamente a inexistência de uma diferenciação substancial entre direitos fundamentais e direitos humanos conforme destacado no início dessa abordagem.

Ocorre que ao colocar expressamente o processo legislativo para o reconhecimento do grau de constitucionalidade dos tratados sobre Direitos Humanos, a mensagem passada pelo constituinte derivado seria como que uma espécie de contenção do caráter ativista da Corte Suprema nesta matéria, já que, a *contrario sensu*, os tratados que versem sobre direitos humanos assinados pelo Brasil mas não aprovados pela sistemática permaneceriam com o *status* de norma ordinária o que afastaria, por consequência, a sua utilização pelo STF como paradigma de sindicância sobre a constitucionalidade de leis e regras, até mesmo pelo que dispõe a própria Corte sobre a natureza intermediária dessas normas, retomando-se, aqui, o que foi dito no início desta subseção.

Entretanto, parece que ao Supremo Tribunal Federal pouco importa a distinção.

Isso porque, em detrimento dessa eventual restrição, o STF, pelo influxo de categorias principiológicas e com o abono de uma hermenêutica constitucional, dá provas que continuará se utilizando das normas propedêuticas da Constituição para dar vazão a sua aplicação criativa a partir dos critérios de justificação referidos, como a necessidade de implementação das garantias constitucionais, a força normativa da constituição e – particularmente no contexto em apreço – a própria visão sobre a dignidade do homem que é considerado meta valor de toda a ordem jurídica nacional e extranacional, seja quando se refere a Direitos fundamentais, seja quando se fala em Direitos Humanos, como bem demonstrado

em precedentes representativos para a expedição da súmula vinculante nº 11 que trata da utilização de algemas⁷².

Mas não é só.

Outras duas circunstâncias podem ajudar na compreensão do fenômeno de entrelaçamento da jurisdição constitucional e os Direitos Humanos.

Conforme mencionado na análise crítica esboçada no segundo capítulo, aquela visão sobre a historicidade dos direitos fundamentais proposta por Marshal não pode ser assumida sem a devida compensação da realidade brasileira.

Nesta senda, Enzo Bello (2012, pp. 23/24), ao tratar da cidadania no constitucionalismo latino-americano, à sua maneira, demonstra a precedência dos Direitos Sociais – garantias de segunda dimensão conforme nomenclatura evidenciada – sobre os direitos de primeira geração.

Essa “subversão” da realidade marshallina evidencia que a sociedade brasileira, mesmo passados 25 (vinte e cinco) anos desde a promulgação da atual Constituição e, mais que isso, do próprio processo de redemocratização, ainda mantêm-se em um *deficit* de participação popular, uma vez que somente agora a fruição dessas liberdades públicas vem sendo garantida de modo substancial.

Tal pensamento parece referendar a análise histórica manifesta numa “estadania”, para utilizar uma expressão cunhada por José Murilo de Carvalho (2010, p. 221) e que explica, ainda para os dias de hoje, a mesma dependência do indivíduo perante o Estado na busca de uma vivência plena e que é ofuscada pela ânsia da população em fruir direitos básicos, normalmente e, mais uma vez, associados a todos os direitos fundamentais.

Ora, se o paternalismo do Executivo não alcançou, contemporaneamente, essa demanda como outrora e inexistindo apropriação do caráter revolucionário de uma cidadania substancial, manifestada, inclusive pela segunda visão sobre os Direitos Humanos na perspectiva na segunda subseção do

⁷² De acordo com o seu enunciado só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

segundo capítulo, não restou outra saída ao indivíduo senão explorar um flanco ainda inserido no contexto clássico institucional, desta feita com o aporte do Judiciário, alcançado via direito de ação, visto que o próprio processo judicial pode ser entendido como uma garantia fundamental do cidadão e que, por sua vez, tem encontrado resposta positiva por parte do Terceiro Poder, principalmente no campo da jurisdição constitucional e sua farta principiologia, a exemplo do que tem feito no tocante a demandas sobre o direito à saúde concretizando o que antes era considerado normas programáticas e, por isso, efetivando direitos nitidamente associadas àquele viés substancial da cidadania sob o mito fundador da supremacia constitucional (NADAL, 2006, p. 70) e que só é possível por meio da tradicional figura do “direito de ação”, que aliás, consiste na classificação dos direitos fundamentais em prerrogativa de primeira dimensão.

O que se quer demonstrar é que apesar do panorama traçado pela Constituição – dotada de inúmeras ferramentas formais pró-cidadania, uma vez que aquelas de índole substancial foram associadas ao caráter revolucionário, reivindicatório ou mesmo cultural da participação do indivíduo inserido em sua realidade conflitante – não decorreu logicamente uma abertura política tão desejada no aspecto material, preferindo o indivíduo em exercê-la ainda de maneira institucionalizada, o que pode ser corroborado pela sazonalidade da participação política no Brasil (SANTOS, 2013, pp. 475/477).

Abstraindo um pouco a questão política, para retomar o aspecto jurídico, desta feita no campo da dogmática processual, importa atribuir especial relevo às lições de Mauro Cappelletti e Brian Garth (2002, p. 31) ao diagnosticar as causas desse paradigma.

Trabalhando na análise do postulado do “acesso à justiça”, os autores demonstram que a inflação de atributos e mecanismos associados ao ingresso no Judiciário terminam por coligir obstáculos que por sua vez são superados por novas formas de acesso como solução desses problemas, circunstância que pode implicar não só em incentivo à cultura da litigiosidade, mas também na popularização do direito de ação e, de certa maneira, ao adestramento do indivíduo que se vê por isto favorecido.

Muito embora esses pensadores não tivessem por objetivo tratar especificamente da formação cidadã – apesar de estimar o papel à informação como um dos fatores que desencadeiam o processo em questão – é possível associar essa circunstância ao objeto do presente trabalho, visto que esse mesmo cidadão, agora de posse da compreensão sobre a garantia do direito de ação, passa a exercê-lo exponencialmente, principalmente quando descobre que esta é a solução para garantir a implementação dos benefícios constitucionais por meio do Judiciário.

Trata-se, aliás, de situação análoga a própria evolução metodológica do processo, adrede a superação do Estado liberal, não sendo desproporcional notar que sua fase crítica, contemporaneamente, tem contribuído para recolocar os institutos processuais nas lindes de suas finalidades e natureza básicas, vale dizer a efetivação do direito material e, portanto, pela fruição de garantias já exaustivamente citadas como núcleo duro da cidadania:

A evolução do direito processual passou por momento metodológico que a doutrina denomina de autonomista e conceitual. Hoje, todavia, consciente da importância de sua ciência, da imprescindibilidade do instrumento para a própria sobrevivência do direito material, necessário que o processualista passe a se preocupar mais com os resultados de sua atividade.

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto (BEDAQUE, 2009, p. 22)

Ora, se o postulado do *due process of law* no aspecto formal já fora imprescindível para a compreensão de um Estado garantidor, mesmo que de caráter negativo, agora mais do que nunca sob aspecto da efetividade da atividade jurisdicional – devido processo legal substancial –, o processo teria que ser dotado de elementos que permitissem a completa realização e evolução do cidadão e dos direitos fundamentais a este destinado, autorizando, pois, a ilação de que a readequação do princípio em questão conduz à reformatação da própria Função estatal que deste faz uso, sob pena de contradição do próprio sistema.

Isso significa que o devido processo legal sob a forma substantiva –

que pode ser traduzida no acesso a uma ordem jurídica justa ele próprio um dos direitos do homem – surge como fator capaz de fundamentar uma postura mais ativa da judicatura, ou seja, no atendimento às exigências populares, facilitadas enormemente pela migração do processo enquanto forma, para o processo – e via de consequência a ação que é um de seus postulados fundamentais – enquanto mecanismo de substitutividade que encontram respaldo na “justiciabilidade” direitos pela jurisdição constitucional (MATTOS, 2009, p. 145/151).

O segundo ponto pode ser entendido pela contraposição sobre a terceira via proposta por Jonh Hart Ely (2010, pp. 97/138) a respeito do controle de constitucionalidade.

Segundo o jurista – que faz sua análise a partir do *judicial review* no sistema americano – a Suprema Corte tem-se atribuído o papel da leitura dos valores da sociedade estabelecidos em sua constituição – seja de maneira bem criativa, seja de forma mais resoluta – das quais emanam decisões que em caráter substancial terminam por influenciar a esfera política e a guarda sobre algumas prerrogativas fundamentais, fator carente de legitimidade pela inexistência de representatividade de seus membros, o que aliás, como visto, é também uma crítica que se coloca ao ativismo judicial no Brasil.

O defeito, entretanto, não se dá para o estudioso apenas em relação a isto, mas principalmente pelo equívoco da Suprema Corte na visão substancial que confere às cláusulas da Constituição americana, pois, em sua perspectiva, os artigos do Texto fundamental ostentam, na grande maioria, se não a totalidade, previsões de caráter procedimental ao exercício da democracia que, no caso americano, é essencialmente representativa, ligando-se, assim, a superação da crítica anterior.

Isso tem uma enorme repercussão na conformação da tese de Ely sobre o papel da jurisdição constitucional, pois deve restringir-se à facilitação e a abertura do sistema democrático, onde aquelas garantias e direitos fundamentais se estabeleceriam de forma legítima pois fruto da atividade dos congressistas.

É claro que o “procedimentalismo” de Ely não pode ser confundido com aquele referido linhas atrás, pois enquanto aqui se cuida do jogo institucional

democrático, lá se trata do processo em seu aspecto técnico-jurídico, ferramenta utilizada pelo Estado a fim de resolver conflitos que se instauram, para esta subseção, em demanda por Direitos Humanos positivados.

Mas em conformidade com o alerta feito, este raciocínio serve de contraponto para referendar a atuação do Poder Judiciário brasileiro e principalmente o Supremo Tribunal em prol dos Direitos Humanos, pois no caso brasileiro, a Constituição literalmente não é composta nem preocupada apenas em estabelecer critérios procedimentais de apoio à participação democrática, mas bastante profícua em definir pautas de valores e garantias das mais diversas ao cidadão brasileiro o que apoia o discurso sobre a materialização dessas prerrogativas por meio da jurisdição constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Estruturado em três capítulos, explicitamente a partir dos institutos que compunham o título, o presente trabalho procurou explorar, baseado numa visão preponderantemente analítica, a simbiose entre Direitos Humanos, Ativismo Judicial e Jurisdição constitucional, permeadas que foram pela atualidade de sua discussão e pela repercussão que uma visão mais criativa no âmbito da aplicação da norma jurídica tem recebido, principalmente no Supremo Tribunal Federal, constantemente mencionado na mídia pelas decisões impactantes que se espraia para além do campo jurídico e cujo pano de fundo tem na maioria das vezes os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana como vetores de justificação.

Apesar de já contar com séculos de tradição jurídica, a tônica dos Direitos do Homem é sempre presente, seja pelo mero apelo retórico que a expressão invoca, constantemente utilizada nos mais banais discursos de políticos de variadas estirpes e ideologias, seja pelo enfrentamento de uma realidade que insiste, passados esses mesmos séculos, em contradizer um ideal libertário, igualitário ou fraterno que o permearia aplicável aos indivíduos, envoltos numa crescente barbárie praticada por rostos invisíveis ou instituições bastante concretas: no campo externo na "guerra contra o terror", no plano interno, nas violações de

direitos das minorias ou na tolerância de situações sub-humanas impostas aos encarcerados no Brasil a qual já chegou até a ser utilizada como argumento jurídico a fim de inviabilizar a extradição de um nacional pelo reconhecimento dessas condições por parte da Justiça Italiana.

Em seu interior, os Direitos Humanos sofrem de um confronto semelhante, no embate causado pelas correntes que buscam a primazia quanto ao melhor posicionamento, a sua mais adequada caracterização e que permanecem latentes na dualidade entre as concepções universalistas e relativistas em cujas bases não se pode, sem qualquer receio, afirmar estejam corretas ou equivocadas, pois constituem pontos de vista com qualidades e defeitos recíprocos e explorados de parte a parte.

No primeiro caso, a criação de um plexo de garantias pertencentes a todos os indivíduos e que representaram a superação de um perfil estatal eminentemente autoritário o qual, por sua vez, terminou por positivar-se em direitos taxados por fundamentais, mesmo que se possam criticá-los sobre o prisma do interesse ideológico ou até mesmo de sua ineficácia material.

O simples fato consistente nesse reconhecimento normativo traz em si a garantia da segurança jurídica, assim como a capacidade de permitir aos destinatários, agora amparados por prerrogativas de *status* constitucional, o seu respeito e, em caso de garantias prestacionais, a própria implementação por meio de atitudes concretas, normalmente de cunho procedimental com o apanágio do próprio Estado contra quem esses direitos são opostos através do direito de ação e do devido processo legal no âmbito da Judicatura. Trata-se, a bem-dizer, um avanço, pois constitui-se na regra do jogo, mesmo que apenas potencialmente fruível por aqueles que não gozam de mesma estatura política ou econômica.

Quanto aquela segunda visão, pela defesa de peculiaridades ínsitas às diversas comunidades sociais que integram esta aldeia global e que fazem *jus* ao reconhecimento de sua identidade cultural.

Em tempos de sociedade globalizante e globalizada, o relativismo cultural representa em sua vantagem a resistência ao influxo de uma igualdade que

aliena ou expropria o indivíduo de suas referências, tal como visto por ocasião da explanação sobre os Direitos Humanos.

Já sob uma perspectiva negativa, o caráter universalista dos Direitos do Homem é traduzido não só como ferramenta de dominação do Ocidente, sendo, por isso, no mínimo paradoxal considerar universal o que na verdade pertence a uma parcela do globo terrestre, mas também como fonte de abusos eventualmente praticados sob a aparência dessa mesma culturalidade identificada com a maioria conservadora em posição de eterna supremacia totalitária que por vezes subjuga o indivíduo. No caso dos contextualistas, o equívoco pode ser apontado pela tentativa de sobrepor o coletivo – a religiosidade, a ideologia política, o aspecto racial – ao sujeito inserido nesse contexto, como se este não pudesse resistir ou mesmo negar essas mesmas qualidades como fruto de uma eventual tomada de posição ou do uso libertário de uma dignidade apropriada de valores diversos.

Tudo o quanto dito até o momento demonstra quão tênue é a linha que permite a definição de uma verdade no âmbito dos Direitos Humanos, permanecendo incólume às tentativas de um ecletismo tão comum a dogmática jurídica.

Mesmo que não seja prudente buscar essa miscigenação a fim de unificar os campos, superando essa dificuldade concernente na postura radicalista, o critério investigativo proposto por Kahn sobre a ausência “da” verdade pode se tornar a válvula de escape que termine por extrair algum benefício de ambos os paradigmas, sem reduzi-los como acontece no campo das teorias ecléticas.

Através de um olhar benevolente, há de se reconhecer e insistir que se tratam apenas de perspectivas diferentes sobre o mesmo fenômeno, portanto verdadeiras em uma determinada função e que terminam por não se anular uma a outra.

Preferindo-se o caráter dogmático sobre Direitos Humanos extrai-se de sua juridicidade a defesa de prerrogativas e a ampliação de garantias fruto de um desenvolvimento que, apesar de não ser linear, existe de fato nas sociedades contemporâneas, sendo ingenuidade, simplesmente, negar que representem alguma vantagem aos seus destinatários. No mínimo, esse benefício consiste em

estabelecer uma pauta de valores, seja ela consensual ou não e que termina por fazer evoluir a própria sociedade.

A partir deste aspecto, o outro paradigma pode, por sua vez, ser aproveitado, na medida em que a questão política em Direitos Humanos aparece como instrumento de luta e conquistas que não se resumem ao contentamento pela sua legalização e, assim, a estagnação pelo comodismo de seu encartamento formal, mas sim pelo enfrentamento de uma cidadania de caráter reivindicatório que termina por encorpar uma visão revolucionária que a esses atributos se possa dispensar.

Tal embate termina por desvelar uma postura que se atribui sobre o ser pensante do Direito consistente na análise prescritivista ou descritivista que faz sobre o normativo e que contribuem ao fornecer aos operadores dessa tecnologia um aparato teórico cuja finalidade seja a valoração ou a análise crítica de seu arcabouço.

O atrito entre essas esferas, em toda a plenitude caracterizada pelo parágrafo anterior, termina por beneficiar, de uma maneira ou de outra, o ideário de uma tão propagada dignidade natural, muito embora não se possa se perder na utopia de que os Direitos Humanos consistam na salvação da humanidade de um futuro sombrio e degradante, se não apenas possam ser um mecanismo dentre outros postos à sua disposição ou simplesmente conquistados.

No âmbito institucional, essa inspiração foi alcançada pelo Judiciário recentemente.

Se antes o Legislativo consistia, dada a função do princípio da representatividade popular, em repositório dos anseios e gerador das garantias pelo processo nomogenético, a atualidade tem demonstrado a transferência deste ponto focal, pelas mais variadas causas: um *deficit* político na atuação dos parlamentares, muitas vezes mais interessados nas vantagens institucionais do cargo ocupado do que propriamente no cumprimento de sua atividade primordial; a inflação de direitos fundamentais pendentes de fruição pelos cidadãos mas não regulamentados pelo Poder competente subvertendo o princípio da força normativa da constituição; a ineficiência na execução de políticas públicas pelo Poder Executivo, muitas vezes

contingenciado pela ausência de orçamento, e a demanda pela prestação de serviços desde a conformação do *Welfare state*; além da apropriação do espaço político pelo Terceiro Poder sob a justificativa retórica de uma guardiania presente no âmbito de suas competências institucionais, além da produção teórica de princípios peculiares de uma hermenêutica constitucional que favorece a exploração de normas de textura aberta e de conceitos jurídicos indeterminados.

Se isso tem implicações em outros panoramas e por eles merece também uma análise, no campo jurídico vem sendo denominado “ativismo judicial”, definível, objetivamente, como uma forma de superação do paradigma clássico da separação dos poderes associada a hipercomplexidade das sociedades contemporâneas, uma vez que o Poder Judiciário vem estabelecendo, a partir de decisões normalmente emanadas do exercício do controle de constitucionalidade em seu mais variado conjunto de medidas, certos padrões de conduta ou regulamentação de hipóteses a partir de suas decisões.

Visto sob vários ângulos, os estudiosos têm utilizados sinônimos para referir-se ao fenômeno, equivocando-se nesse particular, uma vez que as mais variadas expressões podem ser discriminadas em campos específicos e transformando o que antes era uma prática em verdadeiro instituto jurídico.

Disto que agora pode ser classificado como gênero, decorrem espécies como a “criação judicial do direito”, mais relacionada ao campo hermenêutico, pois utiliza-se de ferramentas colhidas, principalmente da evolução do Direito Constitucional, para justificar essa atividade.

O que antes estava confinado a moldura kelseniana como oportunidades de escolha pelo aplicador do direito e que não se refuta como um ato de poder e, assim, político (KELSEN, 1997, pp. 392/393), em respeito ao limite estabelecido pelo órgão competente, agora encontra espaço de justificação teórica para atravessar para além do espectro traçado as vezes pelo simples voluntarismo – afinal, trata-se, como dito a pouco, de exercício de poder, e é disto que trata Kahn ao distinguir o direito da política (KAHN, 2001, p. 70) –, baseado na boa intenção em resguardar uma determinada garantia, em outras de maneira mais elaborada, apoiada na retórica da supremacia constitucional e em critérios interpretativos

específicos desse campo, como princípio da ponderação dos interesses e que permite, portanto ao Judiciário efetuar escolhas cada vez mais criativas e, porque não dizer sem receio, inovadoras.

De qualquer forma, sem intencionar uma avaliação sobre a legitimidade dessa conduta, dentre os órgãos judiciários, o Supremo Tribunal Federal, principalmente e no exercício de sua missão de guardião da constituição, como epigrafado na Carta Política, seja pelo controle concentrado de constitucionalidade, seja pelo difuso – submetido a um processo de objetivação consistente na aproximação dos efeitos *erga omnes* às decisões emanadas de recursos extraordinários, que podem terminar por cristalizar-se em súmula vinculante e, assim, imposta aos demais membros da judicatura e à Administração Pública – vem encampando esse ideário cujos reflexos são sentidos em todas as suas esferas relacionais.

Com o particular, que busca o Judiciário, por exemplo, na tentativa de fruir direitos negados pela ausência de regulamentação e tem à sua disposição a garantia processual do Mandado de Injunção, tal como ocorreu com o direito de greve aos servidores públicos e que terminou por colmatar uma lacuna sentida desde a promulgação da Constituição em relação a este direito social pela categoria, até hoje negada pela omissão inconstitucional do Congresso Nacional.

Com os outros poderes instituídos, gerando mal-estar, principalmente para com o Legislativo, de quem a função teria sido, segundo alguns, usurpada, criando uma curiosa situação na qual primeiro se decide e se assenta o caráter normativo de uma determinada interpretação jurídica, para depois sobre ela se legislar, como se fora o Legislativo uma espécie de chancelador, tal como ocorreu com a noção de progressão de regime quanto aos crimes hediondos. Em relação ao Executivo, a ingerência cada vez mais forte na destinação de verbas públicas oriundas de decisões, inicialmente sobre normas programáticas como ocorreu com o dever geral de assistência à saúde, com a ingerência sobre o orçamento e que termina por afetar diversas políticas públicas a cabo da Administração.

Dentro do próprio Judiciário, na medida em que as decisões do STF passam a ser o referencial obrigatório, a ponto de gerar, dentro de um sistema

tradicionalmente vinculado ao perfil estatutário – *civil law* – o que alguns pensadores têm caracterizado como uma migração ao sistema de precedentes – *common law* – cujos efeitos ainda são pouco sistematizados, já que não se pode dizer que a simples adesão a um determinado julgado ou enunciado jurisprudencial – inclusive da forma como estabelecida no Brasil por meio da súmula vinculante e, assim, autoritariamente – signifique respeito aos postulados estabelecidos na tradição anglo-saxônica, baseada principalmente na adesão a racionalidade do julgado e ao respeito ao princípio da isonomia e não simplesmente a sua fonte produtora.

Sobre este aspecto, aliás, melhor talvez seja considerar que o contexto brasileiro esteja adotando um paradigma realista nos moldes americanos, isto significando que a criação do direito se dá efetivamente por ocasião de sua aplicação que por sua vez ocorre em função da interpretação dada pelos Tribunais aquelas normas de tecitura aberta as quais se deu conta em parágrafo anterior por meio de uma visão justificadora que ostenta a motivação dos julgados, principalmente naqueles de conteúdo “difícil” no qual a liberdade do intérprete se faz notar pela ausência de uma contenção do julgador, seja ela consciente ou inconsciente de seu papel.

Apesar disso, o que importa é que a jurisdição constitucional, amparada em uma profícua principiologia, cuja característica é justamente o repetido alto grau de abstração, tem-se permitido essa atuação justamente em função das inúmeras possibilidades que um texto aberto gera ao seu intérprete, o que é reforçado, ainda, pela ideologia mítica de que a constituição referenda a solução de todos os problemas de uma comunidade política por meio de seu desvelamento como se a Magistratura fosse imbuída de uma vocação oracular.

No campo dos Direitos Humanos essa correlação acontece com esteio na distinção operada pela Doutrina alemã que os identifica aos Direitos fundamentais, podendo-se falar em “Direitos Humanos não-positivados” – aqueles incrustados na ordem internacional e que agregam todos os tratados e convenções sobre o tema – e os “Direitos Humanos positivados” encartados na constituição em sua mais variada dimensão, segundo clássica lição doutrinária no âmbito constitucional e que é retratada na experiência brasileira, como de fato na maioria

dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, numa prolixidade de prerrogativas jurídicas que seguem desde as clássicas liberdades públicas até as mais utópicas pretensões a uma paz de natureza universal.

Desse raciocínio o silogismo é consequência fácil e imediata: os Direitos humanos podem ser efetivados a partir do exercício da jurisdição constitucional uma vez que possuem o mesmo grau ontológico dos Direitos fundamentais.

Ora, se a criação judicial do direito parte da abertura proporcionada pelo contexto já demonstrado, a importação e efetivação dessas prerrogativas passa a ser natural.

Prova disso é derrogação da própria Carta política por meio da utilização do Pacto de São José da Costa Rica pelo Supremo Tribunal Federal que mitigou a hipótese de prisão civil por dívida, remanescendo apenas aquela do inadimplente de pensão alimentícia, uma vez que os Direitos Humanos não compactuaram, em função das hipóteses previstas neste tratado, com a possibilidade de restrição à liberdade do depositário infiel, normatizando o entendimento por meio de súmula vinculante que, como visto, configura verdadeira norma jurídica e não apenas um enunciado nos moldes clássicos a respeito do entendimento dos tribunais, pois condensa aspectos como abstração e imperatividade, criada a partir do procedimento da competência recursal extraordinária junto à jurisdição constitucional daquela Corte brasileira.

Mas não só aqui.

A inserção dos Direitos Humanos pode ser realizável diretamente ao considerá-los pauta de valores por meio da já mencionada atividade interpretativa, considerando o que dispõe o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição de 1988 ao expressar que os direitos adotados no já extenso rol do dispositivo não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, ou mesmo dos princípios adotados, dentre eles a tão decantada “dignidade humana”, matriz filosófica da concepção universalista de Direitos Humanos.

Ainda nessa esteira, a alteração provocada na Carta política pela Emenda constitucional nº 45/2004 alicerçou no plano normativo o que consistia no

espectro Doutrinário àquela aproximação entre Direitos do Homem e Garantias fundamentais, pois permitiu a concessão do *status* de emenda constitucional aos tratados internacionais assinados pelo Brasil nessas matérias, desde que aprovados pelo procedimento correspondente ao utilizado para essa espécie normativa, revelando uma ampliação do bloco de constitucionalidade e inovando quanto ao entendimento dos parâmetros de controle já que até bem pouco tempo o STF só considerava como tal o texto formal da Constituição brasileira para critério de análise e verificação a respeito da validade de normas infraconstitucionais.

A priori, o trato da matéria, nestes termos, pareceu uma dignificação dos Direitos Humanos no Brasil, já que, também por entendimento jurisprudencial do mesmo pretório excelso, ostentavam essas normas apenas uma "supralegalidade", estabelecendo-se intermediariamente na clássica pirâmide do ordenamento jurídico, o que chega a parecer uma insensatez, pois o sistema não possui elementos objetivos e até mesmo formais acerca de um eventual "controle de convencionalidade" que pudesse atestar a adequação da base – legislação ordinária – ao seu corpo intermediário, restando, portanto, ineficaz o tratamento das normas internacionais sobre direitos humanos vistos numa perspectiva comparativa ao processo de análise de adequação das leis infraconstitucionais à Constituição na clássica visão kelseniana e cuja extrapolação se fez notar com o perfil ativista de judiciário.

É neste sentido que as críticas mais abalizadas são feitas, considerando a mencionada alteração um retrocesso pois implicaria na diminuição do próprio poder conferido não apenas pela cláusula da guardiania, mas principalmente pela natureza abrangente e principiológica daquele parágrafo presente no campo dos Direitos Fundamentais individuais.

Apesar disso, o ativismo judicial vem sendo manifestado e se demonstra, exemplarmente, pelos pronunciamentos acerca da constitucionalidade da lei de biossegurança quanto à utilização de células-tronco fetais em pesquisas científicas; no caso da demarcação contínua da reserva indígena raposa serra do sol; pelo reconhecimento do *status* jurídico isonômico aos casais homoafetivos; ou, pela permissibilidade concedida a gestante para o aborto de anencéfalos, todas

estas matérias julgadas no Supremo Tribunal Federal por meio de ações declaratórias de inconstitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, além é claro da guinada já mencionada acerca do espaldo ao direito de greve no serviço público que como sabido representa um dos direitos sociais que em tudo guarda consonância com os princípios reconhecidos no âmbito internacional pelo OIT ou pelo próprio tratado que integra a Carta de Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais.

Todos esses temas guardam, portanto, estreita pertinência com os Direitos Humanos, uma vez que quando se empresta relevo ao reconhecimento do *status* jurídico isonômico aos casais homoafetivos, se dá vazão ao respeito à pluralidade; no caso da demarcação contínua da reserva raposa serra do sol, guarida ao direito a manifestação cultural das minorias indígenas; quanto à autorização das pesquisas de células troncos fetais, a ressalva ao direito ao desenvolvimento científico em detrimento de uma garantia absoluta da garantia à vida; e no que tange a autorização do aborto de fetos anencéfalos, o prestígio às prerrogativas do gênero feminino, circunstâncias e matérias que só puderam ser objeto de decisão tal qual se apresentaram após a apropriação desse viés institucional do Judiciário e da definitiva apropriação do papel político pelo STF.

Os exemplos paradigmáticos colacionados corroboram fundamentalmente o raciocínio aqui apresentado uma vez que não existe na legislação brasileira a extensão dos direitos e prerrogativas familiares aos casais homoafetivos, o resguardo a cultura indígena, a evolução científica e o primado do desenvolvimento humano em função da autorização das pesquisas com células-tronco; ou a proteção da integridade psicoemocional da mulher com a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, circunstâncias que levam à comprovação de que as razões de decidir sustentam-se na invocação dos Direitos Humanos sob o pálio daquele silogismo feito anteriormente e que transforma, pois, a jurisdição constitucional em um bastião na consecução dessas prerrogativas, confirmando a hipótese lançada de que o ativismo judicial, apesar das críticas, constitui um perfil pelo qual a jurisdição constitucional efetiva garantias dessa natureza.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação dos poderes: chegando a tese do realismo jurídico. *In.*: FEITOSA, Enoque. *et. all.* (orgs.) **O direito como atividade judicial**. Recife: Ed. Dos organizadores, 2009.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**; org./trad. Luís Afonso Heck. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- AMORIM, Filipo Bruno Silva. **O amicus curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Brasília: Athalaia, 2010.
- ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito. Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *In.*: FELLET, André Luiz Fernandes *et all* (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013.
- BACELLI, Luca. Guerra e direitos humanos: uma ambivalência da modernidade. *in* SANTORO, Emílio *et all* (orgs.) **Direitos Humanos numa época de insegurança**. Porto Alegre: Tomo editorial, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BATISTA, Gustavo Barbosa de Mesquita. Exclusão social e delinquência no Brasil: análise de um modelo de capitalismo político e as dificuldades para a construção dos direitos humanos *In.*: SANTORO, Emílio *et all* (orgs.) **Direitos Humanos numa época de insegurança**. Porto Alegre: Tomo editorial, 2010.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do judiciário. *In.*: MACHADO, Felipe e CATTONI, Marcelo (orgs.) **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BAXI, Upendra. A evolução do direito ao desenvolvimento. *In.*: SYMONIDES, Janusz (org.). **Direitos Humanos: novas dimensões e desafios**. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2013.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BLOCH, Ernst. **Derecho y Dignidad Humana**. Madri: Dykinson, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. *In.*: FELLET, André Luiz Fernandes *et all* (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712/PA. Pleno do STF, Brasília, DF, 31 de outubro de 2008. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. E GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins fontes, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

COELHO, Inocência Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? *In* FELLET, André Luiz Fernandes *et all* (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Bárbara Lou da C. Veloso. Behemoth ou leviatã: quem deve ter poder para tomar decisões. *In.*: DIAS, Barbara Lou da C. Veloso e DARWICH, Ana (coord.). **Direito e democracia**: estudos sobre o ativismo judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIAS, Vitor Martins. Por uma leitura alternativa da judicialização da política: aproximação entre direitos sociais e econômicos. *In.*: DIAS, Barbara Lou da C. Veloso e DARWICH, Ana (coord.). **Direito e democracia**: estudos sobre o ativismo judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DIMITRIJEVIC, Vojin. Os direitos humanos e a paz. *In.*: SYMONIDES, Janusz (org.). **Direitos Humanos**: novas dimensões e desafios. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2013.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. Porto Alegre: Unisinos, 2009.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias e CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law* In.: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**. Bahia: Juspodium, 2010.

DUHOT, Jean-Joel. **Epicteto e a sabedoria estoica**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Mandado de Injunção: do formalismo ao axiologismo? O que mudou? Uma análise crítica e reflexiva da jurisprudência do STF In.: MACHADO, Felipe e CATTONI, Marcelo. **Constituição e Processo**: entre o Direito e a Política. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARTH, Brian e CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Supraconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAY, John Chipman. **The Nature and de Sources of the Law**. New Orleans: Qui pro Books: 2012.

HART, H. L. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HECK, Luís Afonso. **Jurisdição constitucional**: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOBSBAWM, Eric. **The age of revolution**. New York: Vintage Books, 1996.

KANH, Paul W. **El análisis cultural del derecho**: una reconstrucion de los estudios jurídicos. Barcelona: Gedisa, 2001.

_____. **Legitimacy and History: Self-Government in american constitutional history**. New Haven: Yale University press, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. *In.*: FELLET, André Luiz Fernandes *et all* (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito**: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O Poder Judiciário e a emenda constitucional no 45/2004: o Conselho Nacional da Magistratura e a democratização do Poder Judiciário. *In.*: SALES, Lília Maia de Moraes e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento**: estudos em homenagem a José Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LOSURDO, Domenico. **O pecado original do século XX**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Franciane de Fátima. **A justiça na constituição**: conceito e sua concretização pela prática judicial. São Paulo: Método, 2009.

MARSHAL, Willian P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. Public Law and Legal Theory Research Paper no. 02-8. **University of Colorado Law Review**, Colorado, Forthcoming, 2002.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos estudos CEBRAP**. Nº 58. São Paulo, 2002.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia? A realização inter poderes e a judicialização no Brasil. *In.*: FELLET, André Luiz Fernandes *et all* (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013.

MELO, João Paulo dos Santos. **Duração Razoável do processo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADAL, Fábio. **A constituição como mito**: o mito como discurso legitimador da constituição. São Paulo: Método, 2006.

ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis* in MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**. Bahia: Juspodium, 2010.

OLIVERA, Fabiana Luci. **STF: do autoritarismo à democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier- FGV, 2012.

PAINE, Thomas. **Rights of man**. Grã-Bretanha: Pelican Books, 1969.

PARINI, Pedro. Retórica, raciocínio dedutivo e as possíveis estruturas lógicas da argumentação. In.: FEITOSA, Enoque. et. all. (orgs.) **O direito como atividade judicial**. Recife: Ed. Dos organizadores, 2009.

PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *Common Law* In.: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes**. Bahia: Juspodium, 2010.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar 2005

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Fernando Armando Ribeiro e SILVEIRA, Jacqueline Passos. Pluralismo, identidade e representação democrática. In.: MACHADO, Felipe e CATTONI, Marcelo (orgs.) **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011

ROCHA, José Albuquerque de. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo III. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**: princípios de direito político. Bauru: Edipro, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del rey editora, 2002.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

_____. **Tutelas de urgência**: sistematização das liminares de acordo com o projeto do novo CPC. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTORO, Emílio. **Estado de direito e interpretação**: por uma concepção jus realista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Bruno Calife. Educação em Direitos Humanos e Cidadania Judiciária: o direito de ação e fruição de liberdades civis no Brasil pós-redemocratização *in* OLIVEIRA, Armando *et al.* (orgs.). **Direitos Fundamentais e Democracia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In* FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013.

SEN, Armatia. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SORTO, Fredys Orlando. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário**. Verba Juris: Anuário da Pós- Graduação em Direito, João Pessoa, ano 7, n. 7, p. 9-34, jan./dez. 2008.

SOUZA, Franco Aurélio Brito de. Uma breve abordagem sobre a relação entre Estado, Direito e Política. *In* AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do (coord.). **Estado de direito e ativismo judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOSI, Giuseppe. Realismo e Cosmopolitismo nas relações internacionais. *in* SANTORO, Emílio *et al* (orgs.) **Direitos Humanos numa época de insegurança**. Porto Alegre: Tomo editorial, 2010.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VALE, André Rufino do. O uso argumentativo da distinção entre regras e princípios pelos tribunais constitucionais ibero-americanos. *In.*: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ZOLO, Danilo. Reforçar e democratizar as instituições internacionais? O caso das nações unidas. *In.*: SANTORO, Emílio *et al* (orgs.) **Direitos Humanos numa época de insegurança**. Porto Alegre: Tomo editorial, 2010.