

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO



Emmanuel Teófilo Furtado

Pós-doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca – Espanha; Professor visitante da Universidade de Havre - França; Professor de Direito da Universidade Federal do Ceará; Juiz titular da 10ª Vara do Trabalho de Fortaleza.

Carlos Henrique de Aragão Cavalcante

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade complexa pós-industrial, o esquema rígido de tripartição das funções estatais apresenta-se como um modelo controverso, dada a real função que o Poder Judiciário é chamado a desempenhar nas democracias contemporâneas. Estaria o Judiciário legitimado a tomar decisões políticas, com o intuito de garantir direitos fundamentais? Decisões com acentuado teor político devem ser reservadas às esferas tradicionais das decisões majoritárias? Atualmente, o Poder Judiciário se vê envolvido por questões deste tipo.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.¹

O presente artigo tem o objetivo de analisar estas questões e seus desdobramentos.

1. FUNÇÃO JURISDICIONAL E VAGUEZA LEGAL

A função jurisdicional, atividade de pacificação social exercida pelo Poder Judiciário, que substitui as partes envolvidas no conflito para solucioná-lo, é um alicerce sobre o qual se ergue o Estado Democrático de Direito. Este Estado é estrutura-

do por um corpo normativo que possui qualidades de um sistema coerente e racional. Apesar disto, na praxe social, muitas vezes surgem ameaças e agressões a direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. É neste espaço que, via de regra², age o Poder Judiciário, recompondo a ordem antes estabelecida. Assim, no esquema clássico da separação das funções estatais, estaria reservada ao Poder Judiciário a função de, em outras palavras, aplicar a lei ao caso concreto, fazendo valer a prescrição da conduta que tinha sido prevista em lei. A lei é identificada como uma norma genérica e abstrata que visa regular, de forma universal, todos os casos nela previstos, por meio da subsunção legal.

Luis Roberto Barroso afirma:

O conhecimento jurídico tradicional, que se abebera nas fontes romanas e tem como pontos culminantes a produção científica de Savigny, no século passado, e de Hans Kelsen, neste século, exhibe como traços marcantes o formalismo e o dogmatismo. O elemento básico na idéia de formalismo é a premissa de que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, onde se colhe a norma no ordenamento e faz-se a subsunção dos fatos relevantes.³

A codificação do Direito realizada pelas revoluções burguesas simboliza o auge da força política do poder legislativo, e tem como consequência uma atuação judicial estreita exclusivamente aos limites da lei. A hermenêutica mecânica, reduzindo a experiência jurídica à esfera normativa, fazia do magistrado um mero aplicador da lei. Esta posição hermenêutica era corroborada pela estrutura de autoprodução do Direito, visto não como fato social, mas apenas como um conjunto de normas positivadas “sob a forma de um aparato conceitual depurado.”⁴ Sói perceber que à atividade judicial



não eram autorizadas as avaliações políticas.⁵ Os códigos, portanto, tornavam-se impermeáveis a qualquer tentativa de integração às transformações econômicas e sociais.⁶

A conceituação da jurisdição como função dirigida a fazer valer a vontade concreta da lei está ligada à idéia de lei como norma genérica e abstrata, à nítida separação entre criação e aplicação do direito, e à idéia de diferenciação entre aplicação e interpretação do direito.

Sobre a idéia de lei genérica e abstrata, Luis Guilherme Marinoni afirma:

A idéia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por homens “livres e iguais” e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas.⁷

A passagem do Estado Liberal clássico para o Estado Social, representa a mudança de orientação de uma atividade estatal que buscava a justiça formal para um Estado que intenta alcançar uma justiça material.

Picardi afirma:

É sabido que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de direito, as tarefas dos magistrados e dos aparelhos administrativos se multiplicaram. Mas a ampliação desses aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz.⁸

Paulo Bonavides, sobre a transformação do paradigma do Estado Liberal em Estado Social, esclarece:

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.

A liberdade política como liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desaposados de quase todos os bens.⁹

Ainda sobre a mudança do modelo de Estado liberal para Estado social, Werneck *et al*, afirmam:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva à dos partidos e à das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça.¹⁰

O Estado, recebendo uma nova agenda política, necessita instrumentalizar suas ações de intervenção na sociedade para alcançar a igualdade material. Neste sentido, o juiz assume papel social de distribuição da justiça material, ampliando seu âmbito tradicional de atuação.¹¹

O fenômeno do aumento das intervenções judiciais ocasionado pelo surgimento do paradigma do Estado social é acelerado “pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade em outros.”¹² E ainda: com a velocidade das transformações sociais numa época de “transnacionalização dos mercados de insumos, capitais, finanças e consumo”¹³ o legislador é levado cada vez mais a adotar técnicas legislativas flexíveis e elásticas.

Frente a este quadro, Marinoni afirma:

É evidente que, diante disso, as características da impessoalidade e da coerência da lei – sonhadas pelo positivismo clássico – deixam de existir. A vontade legislativa passa a ser a vontade dos ajustes do legislativo, determinada pelas forças de pressão. A respeito, afirma-se que a maioria legislativa é substituída, cada vez com mais frequência, por variáveis coalizões legislativas de interesse.¹⁴

Neste sentido Perelman afirma que os membros de um Parlamento, possuindo pontos de vista dissonantes sobre as matérias a serem votadas, “se esforçam em conciliar mediante compromissos, frequentemente obtidos mediante fórmulas vagas, que permitem, por isso mesmo, interpretações divergentes.”¹⁵ Deste modo, o legislador faz uso dos conceitos-válvula, dos *legal standards*, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Embora as distinções entre estas modalidades de abertura no corpo legislativo sejam muito sutis e não tão claras, importa perceber que todas são técnicas legislativas que transferem ao juiz decisões que o legislador não quis ou não pode fazer. Todos esses elementos corroboram para a atividade integrativa do judiciário, que ne-

cessita interpretar conceitos com textura aberta para prestar a tutela jurisdicional.

A superação das técnicas clássicas de interpretação da lei pela visão da Nova Hermenêutica Constitucional,¹⁶ estruturada pela idéia de normatividade dos princípios, torna favorável o ambiente acima descrito para o que se tem chamado de juridificação¹⁷ (judicialização ou juridicização) da política.

2. JUDICIALIZAÇÃO E ASPECTOS PROCESSUAIS

O aumento relativamente desordenado da legislação ocasiona aquilo que Nicola Picardi chamou de “época da decodificação”, contexto histórico no qual a idéia do Direito como um sistema jurídico vai, paulatinamente, sendo desgastada, por conta de alterações casuísticas, que agridem a sistemática tanto da legislação material, quanto da legislação processual (chamada por Picardi de “códigos de rito”).¹⁸ Estas modificações casuísticas fornecem a idéia de ‘inflação legislativa’, que é a multiplicação das leis, e também pode ser compreendida como sua desvalorização.

Ao aumentar de modo cada vez mais desordenado e desarticulado o número de matérias, atividades e comportamentos regulados por textos legais, essa desenfreada produção legislativa culmina, assim, na ruptura da organicidade, da unidade lógico formal e da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e, por conseqüência, na perda da própria capacidade de predeterminação das decisões concretas por meio do direito positivo.¹⁹

Assim, a pluralidade de leis pode ocasionar, na prática, a falta de efetividade das normas jurídicas. Já a inatividade do legislador abre espaços que tendem a ser supridos pela atuação judicial. Tanto a multiplicação desordenada, quanto a inércia do legislador, favorecem o aumento da discricionariedade judicial. Neste sentido, o vazio deixado pelos outros poderes é levado ao judiciário, e como este não pode eximir-se de julgar, decide questões cada vez mais políticas, que extrapolam o modelo de lide interindividual.

O fenômeno da judicialização da política é paralelo ao da expansão da discricionariedade judicial. Os dois têm em comum o fato de alargarem os limites da intervenção judicial na sociedade, majorando os poderes dos juízes.

Sobre a compreensão do que venha a ser *poderes do juiz*, Picardi aponta duas formas de abordar o tema:

O aumento dos poderes do juiz, a sua vez, pode ser considerado pelo menos de um duplo ponto de vista: *poder do juiz entendido como função*, isto é poder de resolver a controvérsia singular que lhe foi submetida; e *poder dos juízes, entendido como estrutura ou instituição*, isto é, poder atribuído a um complexo de órgãos (a chamada administração da justiça), em relação à organização compreensiva da sociedade.²⁰

Nicola Picardi afirma que a discricionariedade judicial também é fortalecida pela ampla utilização dos chamados “recursos aos pronunciamentos de urgência.” Em outras palavras, a tutela cautelar e antecipatória, isto é, as tutelas de cognição sumária tendem a ocupar um lugar de destaque em relação às tutelas de cognição plena.²¹

Dando especial ênfase ao direito processual, Picardi afirma que ao longo do século XIX, foi se concretizando a idéia de um procedimento único. Entretanto, no século XX, uma série de procedimentos especiais foi sendo utilizada paralelamente ao procedimento ordinário, o que fez com que o próprio procedimento ordinário se tornasse um procedimento residual.

Picardi afirma:

... no século XIX foi se afirmando não só a idéia de uma jurisdição tendencialmente única para a solução de todas as controvérsias, mas também uma vinculada a um tipo único de processo: o processo ordinário, regulado pelo código de rito (...) No século XX, em contrapartida, uma série de procedimentos especiais foi progressivamente sendo posta ao lado do ordinário, terminando por afastar o papel central desempenhado por este último....²²

Picardi identifica nesta multiplicidade de normas processuais e de ritos diferentes o aumento da possibilidade de solução dos conflitos, contribuindo assim para uma maior discricionariedade judicial.

Até mesmo no direito civil, ramo do Direito de interpretação tradicional,²³ vê-se uma mudança, que aponta para uma abertura em relação a uma ampliação da discricionariedade judicial, quando no Código Civil de 2002 foram inseridas as cláusulas gerais²⁴ e a função social do contrato. Há uma abertura para uma atividade judicial de ponderação, de proporcionalidade.

3. JUDICIALIZAÇÃO E TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

A judicialização, isto é, o fenômeno de submeter ao judiciário questões de acentuado teor político, é fortemente visualizada no controle jurisdicional de constitucionalidade.²⁵ Por sua vez, este controle da adequação das leis e atos normativos à Constituição aponta para uma tensão entre democracia e constitucionalismo. A democracia compreendida como decisão política majoritária, e o constitucionalismo como uma técnica de limitação do poder estatal e de guarda de direitos fundamentais.

A relação entre democracia e constitucionalismo é vista, por Hans Kelsen, sob a perspectiva abaixo:

De fato, a existência de uma maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares.²⁶

À democracia interessa conhecer a fonte e o modo pelo qual é possível o exercício do poder político que se origina nas decisões da maioria²⁷. Sabe-se, entretanto, que a absolutização destas decisões majoritárias poderia levar a uma agressão dos interesses de uma minoria. O constitucionalismo, delimitando o campo de irradiação das decisões majoritárias, por excluir destes processos decisórios um grupo de direitos inalienáveis, e por traçar as linhas mestras dos procedimentos democráticos, torna-se uma concepção política que, neste sentido, é um limite ao exercício absoluto da decisão da maioria.

O controle jurisdicional de constitucionalidade traz consigo a polêmica do deslocamento das esferas de decisões políticas do parlamento e do executivo para o judiciário. Estaria o Poder Judiciário democraticamente legitimado para rever os atos dos representantes do povo? E por outro lado: estariam os representantes do povo legitimados constitucionalmente a decidirem fora dos parâmetros das regras do jogo democrático?

Existem duas vertentes que buscam posicionar o papel a ser desempenhado pelo Judiciário

neste contexto: a vertente procedimental e a vertente substancial.

A vertente procedimental insere o Judiciário como agente institucional que deve garantir as regras do processo democrático. Entende que o Judiciário não está habilitado a tomar decisões substanciais em uma democracia, já que a legitimidade da escolha das políticas públicas e da condução do Estado é própria dos representantes eleitos do povo. Assim, para que a autonomia dos cidadãos seja exercida, a participação do Judiciário deve resguardar-se a controlar e fiscalizar o processo democrático e a reequilibrar possíveis distorções. E mais importante: deve-se construir canais de comunicação que permitam a real participação dos atores sociais nas decisões democráticas.

Habermas ensina que, atualmente, o direito já não pode mais buscar em bases argumentativas metafísicas a sua legitimidade, afirmando a superação das doutrinas metafísicas por uma doutrina democrática. Habermas leciona: "A legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional."²⁸

Neste sentido, a justiça política está intimamente ligada às possibilidades reais do debate democrático, e o espaço público é meio necessário para que as potencialidades lingüísticas possam ser desenvolvidas pelos cidadãos. A importância deste *locus* democrático é tamanha que Ferry afirma: "... em última análise, a justiça dependeria de uma liberdade de comunicação consistente, para que todo cidadão pudesse inscrever um tema de discussão pública na ordem do dia da agenda política"²⁹. A vertente procedimental compreende que quando o Judiciário se abre para acolher e julgar demandas políticas, ele colabora para uma idéia equivocada de cidadania. Pois, ao invés do cidadão buscar resposta em meio às manifestações sociais, ele cria uma relação individualista de dependência com o Judiciário.

Para esta vertente, o espaço público é mais adequado para dar vazão às demandas sociais. É bastante oportuna a afirmação feita por Ferry:

A idéia que se liga à *persona* latina, como também a seu equivalente grego *prosopon*, é antes de tudo uma idéia segundo a qual a personalidade se revela na luz pública. (...) O público é o lugar privilegiado de expressão e de revelação das características humanas, razão pela qual o espaço público não é apenas um espaço dramático de manifestação, mas é também um espaço ético de reconhecimento.³⁰

A segunda vertente é chamada de substancial, por entender que o Judiciário deve assumir postura ativa na defesa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Sendo pró-ativo na defesa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, o Judiciário garante a inserção de minorias que não alcançam sucesso no processo de representação eleitoral.

Nesta perspectiva, a Constituição traz um ideal de justiça a ser concretizado no tempo. A Constituição é compreendida como um processo político a ser realizado. O Judiciário concorreria, portanto, para a implementação deste ideal de justiça. A atuação do Judiciário em questões políticas não agrediria a democracia, ao contrário, quando o Judiciário leva em consideração em suas decisões princípios políticos maiores, inscritos no texto constitucional, ele contribui para uma elevação do debate democrático, resguardando-o de meras circunstâncias das decisões da maioria.

Dworkin, como representante desta vertente que preconiza uma atuação judicial substancial, e não meramente procedimental, vê na defesa dos direitos individuais a melhor justificação para uma atividade judicial nestes termos. A idéia é que o Judiciário aja na defesa dos direitos individuais frente às deliberações majoritárias, quando estas sejam consideradas agressivas à igualdade e à liberdade. Os juízes estariam autorizados a garantir direitos individuais, já que estes impõem limites às decisões da maioria.

Dworkin, entretanto, não afirma que o Judiciário deve imiscuir-se quando a questão diga respeito a objetivos coletivos ou políticas públicas. No fundo, as decisões judiciais neste contexto não são fundamentadas por meros argumentos políticos, mas por princípios.

Dworkin afirma: "O Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões como se promove melhor o bem-estar geral."³¹

3.1 JUDICIALIZAÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil, o controle jurisdicional da constitucionalidade é feito por dois modelos: o controle difuso, onde qualquer juiz, em qualquer processo, pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Por ser realizado em casos específicos, esse modelo também é conhecido como controle concreto de constitucionalidade. Este modelo foi criado a partir da decisão do caso *Marbury versus Madison*,³² em 1803, nos Estados Unidos. O outro

modelo utilizado no Brasil é o concentrado ou abstrato, idealizado por Hans Kelsen, e aplicado pela primeira vez na Áustria. Este último modelo entrega o controle da constitucionalidade a um órgão que concentra o exercício da jurisdição constitucional.

Vê-se que o controle concentrado, quando atribui a um órgão a competência para avaliar a adequação das leis e atos normativos à Constituição, dando uma natureza *erga omnes* às decisões proferidas nestes processos, na prática, entrega um forte poder político a esse Tribunal, fazendo dele, ao menos num nível teórico, um verdadeiro "guardião da Constituição."³³

O modelo austríaco de controle jurisdicional da constitucionalidade permite que um órgão, na maioria das vezes composto por sujeitos que não foram eleitos democraticamente, reveja os atos do Parlamento, e até mesmo, caso o órgão considere determinada lei inconstitucional, retire-a do ordenamento jurídico. Com o intuito de defender a supremacia da Constituição, o órgão competente, quando chamado a se pronunciar, pode extirpar do ordenamento jurídico um ato legislativo que passou por todas as fases procedimentais, e que, ao final delas, foi considerada apta pelo parlamento para produzir seus efeitos, regulando a matéria em questão.

A ação direta de inconstitucionalidade é um instrumento bastante utilizado para realizar o controle jurisdicional da constitucionalidade. Os dados estatísticos mostram que de 1988 até 2009 foram distribuídas 4.217 (quatro mil duzentas e dezessepte) ações diretas de inconstitucionalidade.³⁴

Ernani Rodrigues de Carvalho *apud* Tate aponta condições políticas para o surgimento da judicialização, quais sejam: democracia, separação dos poderes, direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesses, o uso dos tribunais pela oposição, isto é, pelos partidos de oposição, e a inefetividade das instituições majoritárias.³⁵

Argumentando em relação ao uso dos tribunais pelos grupos de interesse, Carvalho afirma:

A judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político. De fato, o desenvolvimento e a expansão dos direitos em geral, até mesmo dos políticos, foram mais propriamente obra de pressões e lutas das organizações sociais, sejam elas movimentos sociais ou grupos de interesse, do que obra de devoção de autores altruístas. Portanto, os grupos de interesse passam a considerar e/ou utilizar a

E se o Executivo, na concretização das políticas públicas, não garante direitos assegurados constitucionalmente? A ineficácia de um governo, entretanto, não pode ser considerada uma mera questão de opinião pessoal. Mas a questão é que, nos países em desenvolvimento, a carência de políticas públicas direcionadas a garantir as condições mínimas de existência é fato notório. Assim, os atores sociais direcionam suas demandas ao Poder judiciário. E este, não podendo se negar a decidir as questões que lhe foram apresentadas, tendem a pôr um fim no conflito, sendo que solução para este conflito deveria ter sido apresentada nas esferas ordinárias do debate democrático, isto é, no âmbito propriamente político.

4. JUDICIALIZAÇÃO E NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Como afirmado no início do artigo, a hermenêutica jurídica clássica, vinculada ao positivismo, não estava preparada para cumprir satisfatoriamente seu papel frente à valorização da Constituição como elemento integrador da sociedade.

Como exposto acima, os princípios constitucionais são a estrela guia para todo o ordenamento. Nos ensinamentos de Glauco Barreira: "... os cânones tradicionais da hermenêutica foram concebidos para a interpretação de normas com estrutura de regras e, principalmente, para as normas de direito privado."⁴⁸

Vale lembrar que os princípios constitucionais nem sempre foram considerados normas jurídicas, tendo sua juridicidade questionada. A discussão sobre a juridicidade dos princípios constitucionais foi superada, no sentido de considerá-los normas com força jurídica. Nas palavras de Paulo Bonavides:

...aqui fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio versus norma, uma vez que, pelo discurso metodológico, a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra.⁴⁹

Percebe-se, portanto, que para a nova hermenêutica, as regras possuem estrutura diferente da que possuem os princípios. Os princípios podem ser distinguidos das regras por três critérios: quanto ao conteúdo, quanto à estrutura normativa e quanto às particularidades de aplicação.⁵⁰ Em relação ao primeiro critério, os princípios trazem uma decisão política, como uma espécie de objetivo coletivo, de modo que a generalidade é sua tônica mais marcante; já as normas, traçando uma

conduta, têm caráter específico. Quanto à aplicação, os princípios importam uma interpretação mais profunda, levando em consideração fortes valorizações morais; as regras têm interpretação mais simples. Quanto às particularidades de aplicação, as regras aplicam-se sob a forma do "tudo ou nada", enquanto os princípios aplicam-se proporcionalmente. A aplicação de um princípio não significa a exclusão dos demais.

Sobre o assunto, Habermas escreve:

Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, caso pretendam validade no mesmo círculo de destinatários; devem estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Enquanto valores distintos concorrem para obter a primazia; na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura ou forma de vida, eles formam configurações flexíveis e repletas de tensões.⁵¹

O filósofo alemão prossegue:

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa, e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.⁵²

Para Habermas, nos trechos acima, as "normas" estão no sentido de regras, e os "valores" apresentam-se nos princípios.

A chamada "colisão de princípios" deriva do caráter dialético da constituição, no sentido de ser a Constituição um instrumento unificador de uma sociedade múltipla. Além disso, a Constituição é a norma maior na qual se projetam as realizações de uma sociedade em transformação. É como se a Constituição, principalmente por meio de seus princípios, balizasse a efetivação dos projetos de reestruturação social. Esta compreensão pode ser utilizada em decisões judiciais que se arvoreem numa condição ativa de construção de uma justiça idealizada pela Constituição.

Esfera interessante para a distinção entre princípios e regras é a da colisão de princípios e a do conflito de regras. Paulo Bonavides, *apud* Robert Alexy, nos ensina:

REFERÊNCIAS

- BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERCOVICI. Gilberto. **Soberania e Constituição**: Para Uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BONAVIDES. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- CAPPELETTI. Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO. Ernani Rodrigues de. **Em Busca da Judicialização: apontamentos para uma nova abordagem**. *In Ver. Sociol. Polit.*, Curitiba, 23, p. 115 a 126, nov. 2004.
- CASTELLS. Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. 10ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, v. 01.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DWORKIN. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2005.
- FARIA. José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERRY. Jean-Mare. **Filosofia da Comunicação: da antinomia da razão à função última da razão; justiça política e democracia procedimental**. São Paulo: Paulus, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.
- KELSEN. Hans. **A Democracia**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MAGALHÃES-FILHO. Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3ª ed., São Paulo: Mandamentos, 2004.
- MASI. Domenico De (Org.). **A Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora Senac, 1999.
- MATOS. Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado: Uma Introdução Crítica ao Estado Liberal Democrático**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- PERELMAN. Chaim. **Lógica jurídica**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PICARDI. Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- ROSENVALD. Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva: 2005.
- VIEIRA. Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumman. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

NOTAS

1. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de direito administrativo**, n.240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
2. Uso a expressão “via de regra”, pela polêmica em torno da jurisdição voluntária. Pois, neste caso, não há necessariamente agressão a direito, nem reparação da ordem, pois não houve violação de direito. Ver DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.
3. BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 277.
4. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.
5. “O direito é concebido como uma ciência, com objeto específico e acentuado grau de auto-suficiência. Rigorosamente separado da política, não se inclui na sua esfera própria de atuação qualquer questionamento acerca da legitimidade e da justiça das leis.” BARROSO. Op. cit., p. 277.
6. In ROSENVALD. Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 157.
7. MARINONI. Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.
8. PICARDI. Op. cit., p. 13.
9. BONAVIDES. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 188.
10. WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumman. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.
11. “... a ampliação do âmbito da jurisdição... deita suas raízes, como se disse, na passagem do Estado liberal clássico para o Estado social de direito...” PICARDI. Op. cit., p. 11.
12. PICARDI. Op. cit., p. 13.
13. FARIA, Op. cit., p. 13.
14. MARINONI. Op. cit., p. 43.
15. PERELMAN. Chaim. **Lógica jurídica**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 52.
16. A Nova Hermenêutica Constitucional está ligada ao pós-positivismo como uma nova forma de compreensão do Direito que supera a metafísica jusnaturalista e o esvaziamento axiológico do formalismo positivista. Intimamente harmonizada com a valorização da Constituição, a Nova Hermenêutica Constitucional dá especial tratamento aos princípios constitucionais, conferindo-lhes força jurídica vinculante e tornando-os a base para a unidade e interpretação das leis. Na lição de Paulo Bonavides in Curso de Direito Constitucional, p. 231: “Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.”
17. Segundo FARIA in **O Direito na Economia Globalizada**, p. 134, “o termo *Verrechtlichung* (juridificação) surgiu na Alemanha, durante a República de Weimar, por iniciativa de autores como Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer e Franz Neumann...”
18. “A nossa época, como já acenei, foi definida como a época da decodificação (...) Tal fenômeno também ocorreu com os códigos de rito (...)” PICARDI. Op. cit., p. 3.
19. FARIA, Op. cit., p. 117.
20. PICARDI. Op. cit., p. 12.
21. “A título de exemplo, basta recordar como na *justiça civil* o recurso aos pronunciamentos de urgência se tornou agora muito freqüente, e as medidas cautelares ou antecipatórias tendem a definir a controvérsia.” In PICARDI, Op. cit., p. 15.
22. PICARDI. Op. cit., p. 4.
23. “O tradicional operador do direito civil é, por excelência, um conservador. Ainda inspirado na noção napoleônica de um código civil como ‘Constituição do cidadão’, manuseia suas páginas com espírito recluso. Visualiza o direito privado de modo hermético e acredita que a carta constitucional é algo que não lhe afeta.” In ROSENVALD. Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva: 2005.
24. “Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem as-

- sim, como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas." In ROSENVALD *apud* Gustavo Tepedino, Op. Cit, p. 160.
25. "Tomando como fonte de inspiração o critério de sistematização proposto por Clèmerson Merlin Clève, podem-se classificar os sistemas de controle da constitucionalidade da seguinte forma: a) o modelo inglês de ausência de fiscalização da constitucionalidade(...) b) o modelo francês de controle político e preventivo da constitucionalidade(...) c) o modelo de jurisdição constitucional difusa, de origem norte-americana(...) d) o modelo de jurisdição constitucional concentrada, desenvolvido a partir da matriz austríaca(...)." In BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 42.
26. Kelsen. Hans. **A Democracia**. 2ª Ed. São Paulo. Martins Fontes, 2000, p. 67.
27. "Que o princípio da maioria é largamente utilizado como técnica de tomada de decisão coletiva não resta dúvida. No entanto, cabe indagar se um critério quantitativo pode dar fundamento qualitativo a uma decisão coletiva, ou mesmo, preliminarmente, se há fundamento qualitativo para justificar o princípio da maioria. Distinguimos pelo menos quatro linhas de fundamentação: a) o argumento coscente, b) o argumento contratualista, c) o argumento axiológico e d) o argumento exclusivamente utilitarista." MATOS. Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado: Uma Introdução Crítica ao Estado Democrático Liberal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
28. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 317.
29. FERRY. Jean-Marc. **Filosofia da Comunicação: da antinomia da razão à função última da razão; justiça política e democracia procedimental**. São Paulo: Paulus, 2007, p. 88.
30. FERRY. Op. cit., p. 83.
31. DWORKIN. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2005, p. 101.
32. Vale a pena conhecer a sinopse da história: "Derrotado por Thomas Jefferson na eleição presidencial, o então Presidente John Adams nomeou diversos de seus correligionários do Partido Federalista como juizes federais, entre os quais se encontrava William Marbury. O próprio Marshall, secretário de Estado de Adams, havia sido nomeado, com aprovação do Senado, *Chief Justice* da suprema Corte, algum tempo antes. O título de nomeação de Marbury não lhe foi entregue a tempo, sendo sua nomeação suspensa por determinação do novo presidente Thomas Jefferson ao seu Secretário de Estado James Madison. Marbury acionou Madison exigindo informações, num primeiro momento. Não sendo fornecida nenhuma explicação, impetrou uma nova ação, *writ of mandamus*, com o objetivo de alcançar a nomeação. O tribunal adiou por mais de dois anos a decisão, o que gerou uma forte reação contra os juizes. Finalmente, ao anunciar a decisão da Suprema Corte, Marshall destacou duas questões: Jefferson não tinha o direito de negar posse a Marbury. Porém a Suprema Corte não poderia conceder o *writ of mandamus*, requerido por Marbury, pois esta competência que lhe havia sido atribuída pela seção 13 do *judiciary Act* de 1789 era contrária à Constituição, na medida em que alargava as competências constitucionais originalmente estabelecidas para a Suprema Corte. A Corte não poderia se utilizar de uma atribuição, ainda que conferida pelo parlamento, quando incompatível com a Constituição." In VIEIRA. Oscar Vilhena. Op. cit., p. 43.
- 33 Expressão utilizada pela Carta Política de 1988 para designar o Supremo Tribunal Federal.
34. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>
35. Cf. CARVALHO. Ernani Rodrigues de. **Em Busca da Juicialização: apontamentos para uma nova abordagem**. In Rev. Sociol. Polit., Curitiba, 23, p. 115 a 126, nov. 2004.
36. CARVALHO. Op. cit., p. 118.
37. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>
38. CARVALHO. Op. cit., p. 119.
39. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>
40. BERCOVICI. Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 15 .
41. BERCOVICI. Op. cit., p. 16.
42. BERCOVICI. Op. cit., p. 17.
43. BERCOVICI. Op. cit., p. 17.

44. CARVALHO. Op. cit., p. 120.
45. "As constituições contemporâneas não se limitam às regras clássicas do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX. Trazem uma vasta estrutura de normas diretivas e programáticas e criam alterações extremamente importantes no quadro tradicional do controle da constitucionalidade." *In* VIEIRA. Op. cit., p. 31.
46. VIEIRA. Op. cit., p. 32.
47. VIEIRA. Op. cit., p. 32.
48. MAGALHÃES-FILHO. Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3ª ed. São Paulo: Mandamentos, 2004, p. 61.
49. BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 248.
50. Cf. BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
51. HABERMAS. Op. cit., v. 1, p. 317.
52. HABERMAS. Op. cit., v. 1, p. 317.
53. BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 251.
54. Cf. MASI. Domenico De (Org.). **A Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: Editora Senac, 1999.
55. Cf. CASTELLS. Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**, 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, v. 1.
56. CAPPELETTI. Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
57. HABERMAS. Op. cit., p. 313.