
O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Rodrigo Matos Roriz
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ação, Jurisdição e Processo; 2 A Constituição e os Poderes da República nos paradigmas jurídicos do Estado; 3 Teorias procedimentalista e substancialista da Constituição; 4 A força normativa dos Princípios: o pós-positivismo; 5 A promoção de políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade de leis; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O processo judicial, originariamente concebido como instituto jurídico vocacionado à tutela dos direitos pleiteados pelos jurisdicionados e como garantia da possibilidade do exercício de uma efetiva defesa em juízo, revela-se, na atualidade, como instrumento de definição e consecução de políticas públicas. Este estudo aborda a concepção publicista do processo à luz dos institutos fundamentais do que se denomina Teoria Geral do Processo, evidenciando-se a tensão entre a ação (direito) e a jurisdição (poder), bem como a forma que o processo é utilizado por essa faceta do Estado nos dias atuais. Contextualizando o fenômeno, avalia-se como o paradigma jurídico do Estado social contribuiu para abalar a estrutura preconizada na clássica teoria da repartição das funções do poder, resultando – no paradigma seguinte: o Estado Democrático de Direito – numa preponderância do Judiciário e de sua função judicante, redefinida e potencializada no marco filosófico conhecido como pós-positivismo. Na empreitada, analisa-se a influência exercida pela Constituição na relação entre o direito e o poder, bem como a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional, tudo com o intuito de estimular uma reflexão sobre a capacidade institucional do Judiciário de absorver as demandas que devem (deveriam) ser atendidas pelas instâncias legislativa e administrativa, em especial aquelas que diante da magnitude dos recursos financeiros envolvidos, são potencialmente desestruturadoras do microsistema político, econômico e social.

ABSTRACT: The lawsuit, originally conceived as devoted to the protection of the rights pleaded by jurisdictional and to guarantee the possibility of carrying out an effective defense in court legal institution, it turns out, today, as a means of defining and achieving public policy. This study examines the publicist process design in the light of the fundamental institutions of the so-called General Theory of Process, highlighting the tension between action (right) and jurisdiction (power), as well as how the process is used for this facet of the state today. Contextualizing the phenomenon, assesses how the legal paradigm of the welfare state helped to undermine the structure advocated in the classical theory of the division of functions of power, resulting in a preponderance of the judiciary and its adjudicative function, enhanced reset the philosophical framework known as post - positivism. In the enterprise, analyzes the influence of the Constitution on the relationship between the right and the power and the democratic legitimacy of the Constitutional Jurisdiction, all with the aim of stimulating reflection on the institutional capacity of the judiciary to absorb the demands that must (should) be met by legislative and administrative bodies, especially those given the magnitude of the financial resources involved are potentially desestruturadoras the political, economic and social microsystem.

Esqueçemo-nos de que o Direito é um medicamento com que procuramos restabelecer a saúde da convivência social. Ele não evidencia nenhuma excelência, antes, em ordem diretamente proporcional a sua importância e institucionalização, atesta o fracasso social. É a impotência dos homens, mediante suas instituições não-estatais, para prevenir e solucionar os conflitos oriundos de sua convivência, que impõe a utilização dos mecanismos jurídicos de que a tutela jurisdicional é a última e mais representativa expressão. A presença do jurista – doutrinador, postulador ou julgador – denuncia a vitória da doença no corpo social, como a do médico comunica a vitória da doença no corpo biológico. Feliz o corpo que precisa pouco de médicos. Feliz a sociedade que precisa pouco de juristas. O que ocorreu em nossos dias, entretanto, foi o oposto. A nossa perda de perspectiva nos levou à apologia da doença e do doutor, ao invés de cuidarmos da sua profilaxia e prevenção.

J. J. Calmon de Passos

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a jurisprudência do STF conferiu novos contornos ao controle de constitucionalidade das leis em sede difusa, nos processos levados à excelsa Corte via recurso extraordinário.

Promoveu-se uma verdadeira revolução em relação à forma de controle da atividade legislativa primária (objetivação do RE). Mas o próprio Parlamento contribuiu para tal situação, através de alterações promovidas no Código de Processo Civil, no que tange à criação da sistemática de julgamento de recurso representativo de controvérsia.

O presente estudo tem por objeto a análise de institutos processuais relacionados à Teoria Geral do Processo tais como a jurisdição e a ação, a Jurisdição Constitucional e o sistema recursal com o fito de avaliar a adequabilidade dos institutos processuais e a postura do Judiciário frente aos demais Poderes da República, bem como o papel desempenhado pelo processo nesse arcabouço jurídico-político.

Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, que resultou na utilização de referencial teórico da filosofia do direito e do direito processual, em especial as ramificações civil e constitucional.

A explanação se inicia com a análise da relação entre a jurisdição – faceta do poder estatal – e o direito de ação consignado na Constituição Federal de 1988 e em outros tantos diplomas legais. Como não poderia ser de outro modo, o processo, enquanto instrumento do poder jurisdicional, é o centro das atenções no primeiro capítulo, em que é analisado sob as perspectivas privatista e publicista, bem como de princípio-garantia insculpido na cláusula do *due process of law*. Ao final, é conferida uma ênfase ao atual ambiente judicial, em que o processo é utilizado como

ferramenta para a realização dos desígnios do Estado, e não apenas para o atendimento dos interesses privados veiculados na ação.

É rapidamente abordada a evolução da formulação da separação dos poderes, desde sua concepção clássica até o modelo atual, em que se verifica uma preponderância do Judiciário resultante da incapacidade das instâncias legislativa e administrativa responderem às demandas da sociedade relacionadas ao paradigma jurídico do Estado social relegadas ao Estado Democrático de Direito.

O deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, movimento crucial na superação da concepção privatista do Direito e do processo, associado à inapetência das outras instâncias em cumprirem sua missão republicana contribui decisivamente para a formulação de um novo desenho institucional em que o Judiciário, na qualidade de intérprete da Lei maior da nação, acaba por se sobrepor ao Legislativo, na medida em que lhe é adjudicada a prerrogativa de dizer a última palavra sobre praticamente todos os assuntos que interessam à sociedade – a tal judicialização da vida e da política.

A aferição da conformidade da produção legislativa ordinária com a Constituição envolve a discussão acerca da força normativa dos princípios constitucionais e o papel das regras positivadas no ordenamento jurídico, restando caracterizada uma tensão normativa que se instaura no âmbito do processo judicial e, não raras vezes, lança dúvidas sob a legitimidade democrática da função exercida pelo magistrado: de intérprete e criador do Direito.

1 AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO

O reconhecimento da existência de uma relação jurídica de direito processual dissociada da relação de direito material em que se verifica um conflito cuja solução reclama a tutela judicial propiciou o desenvolvimento de uma disciplina autônoma voltada ao estudo do processo. Há tempos se fala em uma teoria geral do processo e de seus institutos básicos, jurisdição ação e processo¹, bem como da existência de princípios gerais do processo².

1 Doutrinadores de peso como Cândido Rangel Dinamarco falam de um quarto instituto fundamental da Teoria Geral do Processo, qual seja, a defesa (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 71).

2 Em terrae brasilis, José Frederico Marques, ainda na década de 50 do século passado, já esclarecia sobre o consenso dos processualistas acerca da existência de uma teoria geral do processo: “Na atualidade, raros, senão raríssimos, são aqueles processualistas que negam a existência de uma teoria geral do processo a que se subordinam tanto o direito processual civil como o direito processual penal. Nem poderia ser de outra forma, porque o processo, como instituto jurídico, é um só, quer quando tenha por conteúdo uma lide penal, quer quando focalize uma lide de direito privado, ou de direito administrativo, ou de direito fiscal (MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001. p. 5).

Na abordagem de uma teoria geral do processo é preciso ter em conta que tal formulação foi inspirada na escola alemã da jurisprudência dos conceitos, e visa estabelecer categorias abstratas, a partir da qual o ordenamento jurídico processual deve ser orientado, tanto no que tange à sua elaboração quanto à sua aplicação³. “Aqui é evidente a influência do platonismo, que busca uma ciência das formas ideais, que permanecem na base da experiência, mesmo que os conteúdos sejam definidos por decisões políticas circunstanciais”⁴.

A questão é que ação, jurisdição e processo foram concebidos em contextos históricos distintos e, sob determinada óptica, visam a consecução de objetivos próprios. E a “tentativa da doutrina tradicional de colocá-los todos no mesmo plano, como uma espécie de glossário atemporal do processo, gera uma grave deformação do sentido individual da cada conceito e empobrece nossas possibilidades de compreensão”⁵.

Com efeito, em razão da vedação do exercício direto das próprias razões e da autotutela, salvo raríssimas exceções, tem-se na ação um direito conferido ao jurisdicionado, de provocar e fazer atuar a jurisdição, faceta do Estado à qual incumbe, grosso modo, o dever de solucionar os conflitos em que se verifica uma resistência de uma parte à pretensão da outra. “Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”⁶.

Essa relação entre o direito (ação) e o poder (jurisdição) sempre foi marcada pela sobreposição de um em face do outro. A maior liberdade no uso do direito de ação inevitavelmente acarreta uma mitigação da atuação jurisdicional, principalmente no que tange à seletividade processual. Da mesma forma, o aumento do poder do magistrado, personificação da jurisdição, promove uma restrição à ação. Assim podemos analisar a ação e a jurisdição como institutos que não raras vezes se contrapõem na dinâmica processual.

Para uma melhor compreensão, revisitemos os institutos fundamentais dessa teoria geral do processo. A ação, como é sabido, nem sempre foi reconhecida como um direito autônomo. Por muitos anos, em época que remonta ao direito romano da antiguidade, e mesmo em meados do século XIX, a ação era entendida como mero aspecto do direito material subjetivo, que se convencionou denominar concepção *civilista*.

Walter Vieira do Nascimento⁷ distingue três períodos do Direito Romano, no que se refere à ação e ao processo. O primeiro período (754 a 149

3 “Teoria geral do processo é, nessa perspectiva, um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. Ela transcende a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras, ou normas de direito positivo. Por isso mesmo, tende à universalização, superandas as limitações espaço-temporais do direito positivo” (DINAMARCO, op. cit., p. 68).

4 COSTA, Araújo Henrique; COSTA, Araújo Alexandre. *Conceito de Ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura?* Brasília: CEAD/UnB, 2012. p. 3.

5 *Ibidem*, p. 5.

6 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 271.

7 NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 125-127.

a.C.) ficou conhecido como sistema das *actiones legis*, quando se enumeravam as espécies de ações que poderiam ser manejadas pelo cidadão. O segundo período (149 a.C. a 294) é denominado *formulário* ou *sistema das fórmulas*. A semelhança entre o sistema das *actiones legis* e o sistema formulário é a divisão do processo em duas fases: a) *in iure*, que transcorria perante o magistrado do Estado, que ouvia as partes e poderia conceder a ação; b) *in iudicio*, que ocorria perante o *iudex*, que era um particular, responsável por dirigir a fase de produção de provas e elaborar a sentença. Vê-se que a decisão era proferida por um cidadão privado, e não por um agente do Estado. Finalmente, o terceiro período (294 a 534) ficou conhecido como sistema da *cognitio extra ordinem*. Nesse momento, desaparece a divisão do processo em duas fases e, em consequência, extingue-se a figura do *iudex* ou *arbiter*, competindo então ao magistrado dirigir o processo e proferir a sentença. É nesse momento que o Estado, ao assumir para si o dever de decidir os conflitos estabelecidos entre particulares, investe-se no poder de substituir a vontade das partes para resolver impositivamente a lide levada a seu conhecimento. Aqui a ação ganha contornos nitidamente públicos, na medida em que é dirigida ao Estado, para que este, por intermédio de seus agentes (magistrados), profira uma decisão sobre determinada questão controvertida, entregando a prestação judicial a quem lhe faz jus.

No transcorrer dos anos, da antiguidade à modernidade, ocorreram alterações nos significados dos institutos ação e processo, mas ao longo dos séculos prevaleceu o entendimento sobre a ação como algo relacionado ao direito material litigioso, segundo a máxima de que *a cada direito corresponde uma ação que o assegura*. “Nada mais era a ação para os clássicos do que o próprio direito substantivo reagindo contra sua violação.”⁸

A teoria clássica ou civilista orientou a legislação pátria no início do século XX e se fez presente no Código Civil de 1916, em especial no seu artigo 75. “Nessa perspectiva, que chamaremos de civilista, não há que se falar em direito de ação, mas apenas em procedimentos judiciais relativos a resguardar um direito subjetivo”⁹.

De fato, é quando o processo deixa de ser entendido como aspecto do direito material, e mais tarde como mero procedimento, para ser idealizado como relação jurídica formada pelas partes e pelo juiz, conforme difundido por BÜLOW em sua *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias* (1868), é que se passa a conceber a ação como um direito destacado, manejado pelo autor para movimentar o Estado, que dessa forma se vê na condição de ser exigido a emitir uma decisão sobre o caso que lhe é apresentado.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v.1. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 50.

9 COSTA; COSTA, op. cit., p. 6.

Quando do conhecido debate travado entre Muther e Windscheid, em 1856, o mundo jurídico já havia reconhecido um novo significado para a ação, que apartada do direito material era concebida como um direito a ser oponível ao Estado, embora buscasse a condenação da outra parte, vinculada ao direito material em disputa, ou mesmo uma declaração ou constituição de uma relação jurídica.

Eis o marco teórico, a partir do qual a ação é reconhecida como direito. “Não era mais o direito subjetivo vestido para a guerra e nem mesmo um direito autônomo voltado à garantia dos direitos subjetivos violados, mas um direito de pedir ao Estado a instauração de um processo.”¹⁰

A partir dessa percepção da ação como direito autônomo, floresceram duas correntes doutrinárias: a) a que defendia ser a ação um direito autônomo e concreto; b) a que sustentava ser a ação um direito autônomo e abstrato.

Para os concretistas, a ação seria um direito público subjetivo e autônomo, porém condicionado à existência do direito material afirmado pelo autor. “Ação seria, então, o direito à sentença favorável, isto é, o direito público voltado contra o Estado, de obter uma proteção pública para o direito subjetivo material.”¹¹ Foram defensores dessa posição concretista Wach, o próprio Bülow, Hellwig e Chiovenda. O grande defeito da teoria concretista era não conseguir explicar a existência, no mundo jurídico, de uma sentença de improcedência. Afinal, mesmo que o autor tenha seu pedido negado, não teria ele sido exercido seu direito de ação?

Paralelo à doutrina concretista, Degenkolb e Plósz desenvolveram uma teoria abstrata, segundo a qual o direito de ação independe da existência do direito material alegado pelo autor. Afinal, mesmo quando é proferida uma sentença de improcedência, houve manifestação estatal apta a por fim ao litígio; é dizer, existiu a prestação jurisdicional. “É, assim, suficiente, para o manejo do direito público de ação, que o autor invoque um interesse abstratamente protegido pela ordem jurídica.”¹²

O problema de se considerar a ação como direito autônomo e abstrato é conceber que toda e qualquer demanda seria apta a exigir uma apreciação judicial sobre o seu mérito, independente da existência de indícios mínimos de sua viabilidade. Assim, seria possível, em tese, exigir o pagamento de valor referente à venda de um terreno na Lua; ou o sujeito pedir a decretação do divórcio da vizinha que sofre agressões verbais proferidas pelo marido, sem que ela tenha manifestado interesse na dissolução da sociedade conjugal; entre outros. Ainda que tais pedidos viessem a ser negados ao final do processo, haveria a necessidade de se conduzir o feito ordinariamente até a prolação da sentença de mérito.

10 COSTA; COSTA, *op. cit.*, p. 2.

11 THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 50.

12 *Ibidem*, p. 50.

Em resposta a essa concepção absoluta sobre a abstração da ação, surge a teoria eclética, difundida no Brasil por Enrico Tullio Liebman, a partir da década de 40 do século passado. Era preciso estabelecer uma forma de seleção das causas, visando distinguir aquelas que seriam merecedoras de ter seu o objeto apreciado pelo Judiciário. É aqui que são arquitetados os mecanismos de seletividade judicial que receberam a denominação *condições da ação* – legitimidade das partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

Assim, o direito de propor a demanda seria ilimitado; é este direito que está previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição. Mas o direito a obter uma sentença de mérito – seja ela de procedência ou de improcedência do pedido – é condicionado ao preenchimento das *condições da ação*, é dizer, o autor deve demonstrar, à luz do direito material relacionado, que possui aptidão para demandar seu oponente em juízo, que a tutela judicial é necessária e útil, e que o pedido objeto da ação não é vedado pelo ordenamento jurídico.

Essa seletividade que num primeiro momento foi realizada pelo legislador, e, em termos gerais, refere ao momento em que é proposta a ação, ganha novos contornos nos dias atuais. Avultam outras condicionantes ao direito de ação, agora criadas pela jurisprudência, relacionadas ao sistema recursal, a mais congestionada via de acesso aos Tribunais, excepcionando-se, em certa medida, as ações de competência originária.

Nesse cenário, o direito de ação, entendido como o direito a uma sentença de mérito e, portanto, condicionado ao preenchimento de certos requisitos (legitimidade das partes, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido) deixa de ser o único instituto a determinar a seletividade das causas que serão apreciadas pelo Poder Judiciário. É inegável que a jurisdição também cria mecanismos de seletividade pela jurisprudência. Essa seleção de causas ocorre, em regra, no juízo de admissibilidade de recursos, em especial naqueles dirigidos aos tribunais superiores.

Destarte, pode-se afirmar que a ação é um direito exercido por intermédio do processo. Mas a forma pela qual o processo se desenvolve, em especial o acesso às instâncias decisórias recursais, é ditada pela jurisdição.

Assim, a ação, que já foi vista como mera faceta do direito material em litígio alcançou ao longo dos séculos o *status* de direito subjetivo público autônomo, abstrato e instrumental. É direito subjetivo, pois pode ser reclamado por seu titular; é autônomo, pois não se confunde com o direito material; é abstrato, porque não depende a existência do direito material alegado; é instrumental, pois visa a resolução de uma pretensão de direito material¹³.

Na concepção privatista, a ação é o tema central da teoria geral do processo, na mais perfeita sintonia com pensamento liberal, na medida em que se caracteriza como um direito que tem por escopo promover a observância de outro direito supostamente violado, esse último sendo um

13 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 11.

direito material de uma parte, infringido pela outra. A preocupação se limita à relação estabelecida entre as partes; eis o caráter privado do processo.

Ocorre que o Estado contemporâneo assumiu outras responsabilidades que não apenas criar as condições de segurança necessárias ao indivíduo, para que esse busque, com suas próprias forças e recursos, realizar os objetivos que julgue mais adequados à sua realização enquanto ser humano. “O Estado (social), ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população.”¹⁴

Ao Estado é atribuída a função de realizar ações afirmativas consubstanciadas na consecução de políticas públicas em prol dos mais necessitados, de forma a reduzir as desigualdades sociais, pois o “Estado social contemporâneo, que repudia a filosofia política dos fins limitados do Estado, pretende chegar ao valor homem através do culto à justiça e sabe que, para isso, é indispensável dar ao conceito de justiça um conteúdo substancial e efetivo.”¹⁵

O paradigma social e intervencionista acarreta uma invasão do espaço particular pelo público. Há um incremento das funções do Estado, que repercute em vários campos de atuação, inclusive no que refere ao sistema de *prestação judicial*.

O Poder Judiciário passa a ser protagonista nesse novo cenário. O processo judicial deixa de ser mero instrumento para a composição de litígio entre particulares, passando a servir de meio para a obtenção de prestações materiais, inclusive aquelas fornecidas pelo próprio Estado.

Nessa perspectiva, há que se ter em conta que o Estado se faz presente na relação jurídica processual, na pessoa do magistrado, que “não participa do jogo de interesses contrapostos, mas comanda toda a atividade processual, distinguindo-se das partes por ser necessariamente desinteressado (no sentido jurídico) e, portanto, imparcial.”¹⁶

Esse agente estatal ganha cada vez mais proeminência nesse novo cenário que se convencionou chamar *ativismo judicial*, no qual a presença do juiz contribuirá de forma relevante para a definição da forma, do conteúdo e da extensão do exercício do direito de ação das outras partes (autor e réu) que compõem a relação processual. É inegável a existência de tal relação, que anima e impulsiona o processo, da mesma forma que é inegável, nos dias atuais, a sobreposição da figura do magistrado nesse arranjo.

Entre os doutrinadores pátrios que se dedicaram ao estudo do processo sob o prisma do Poder, destaca-se Cândido Rangel Dinamarco, para quem o processo, antes de se prestar à realização de vontades particulares e individuais, serve ao Estado para a realização de seus objetivos, tais como pacificação social, educação para o exercício e

14 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88.

15 DINAMARCO, op. cit., p. 34

16 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. cit., p. 311.

respeito a direitos, manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial, garantia à liberdade, oferta de meios de participação democrática e, também, a atuação da vontade concreta da lei, esse como objetivo jurídico-instrumental. Assim, “sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram.”¹⁷

É preciso ter em conta que a valorização do processo, na concepção de Dinamarco, é na verdade o reconhecimento da importância da jurisdição, pois aquele é instrumento desta. Seria então a jurisdição o centro de gravidade, em torno do qual orbitam os demais institutos da teoria processual, a ação e o processo. Tem-se, dessa forma, um deslocamento do alicerce que sustenta toda a construção teórica: da ação (como direito) à jurisdição (enquanto poder).

Por tudo que foi dito, é razoável concluir que o processo, antes de ser meio para o atendimento de interesses privados das partes envolvidas na relação processual, é instrumento do poder (jurisdição), vocacionado a realizar os desígnios do Estado.

2 A CONSTITUIÇÃO E OS PODERES DA REPÚBLICA NOS PARADIGMAS JURÍDICOS DO ESTADO

A doutrina identifica três paradigmas jurídicos em que se desenrolou a relação cidadão x Estado no mundo ocidental após a suplantação do Antigo Regime. E em cada um desses paradigmas revela uma espécie de compreensão do papel da Constituição nos sistemas jurídico e político do Estado, o que, por sua vez, interfere na dinâmica da relação entre as funções do poder estatal.

Com efeito, as democracias da atualidade não ostentam o equilíbrio da relação entre as funções do poder preconizado pela concepção clássica. O que se vê hoje é uma preponderância da função judiciária, que se dá por meio de uma *judicialização da política e das relações sociais*, que na lição de BARROSO¹⁸, “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”.

Não obstante as funções legislativa, executiva e judiciária não serem exclusivas de cada estrutura orgânica do Poder, de acordo com a classificação em funções típicas e atípicas, certo é que a clássica formulação da teoria da separação dos Poderes concebia que essas últimas seriam exercidas em caráter de exceção, sendo reservado a cada estrutura orgânica a proeminência do exercício da respectiva função típica, em especial no que tange às questões estruturais do Estado.

Contudo, a quadra atual da história é marcada por uma intensa atividade legislativa exercida pelos outros poderes da república. Se a

17 DINAMARCO, op. cit., p. 91.

18 BARROSO, op. cit., p. 241.

função legislativa é responsável pela edição de normas gerais e abstratas que se aplicam indistintamente a todos os cidadãos do Estado, pode-se afirmar sem medo de errar que o Judiciário, em especial o STF, realiza atividade muito semelhante a essa, quando exerce o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público, quando edita súmulas de caráter vinculante (ACUNHA: 2012, p. 23) e quando atribui eficácia “erga omnes” às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

No paradigma liberal, produto das revoluções do final do século XVIII, verificava-se uma profunda separação entre o Estado e a sociedade civil garantida pela ordem jurídica por meio do comando geral e abstrato da Lei, num contexto em que o constitucionalismo clássico, reduzindo a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, dava competência aos três órgãos fundamentais da ordem estatal – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – ao mesmo passo que declarava os direitos e as garantias individuais.¹⁹ Era a Constituição uma obra entregue pelo Legislativo que, na prática, não exercia um papel de destaque no ordenamento jurídico em face das Leis.

Contudo, a apatia estatal diante dos sérios problemas sociais associada ao processo de acumulação de riqueza próprio do sistema capitalista, com suas consequentes crises de produção, levaram significativa parcela da população a uma situação de miserabilidade e, com isso, ao esgotamento do modelo liberal. O Estado liberal “converteu-se no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados.”²⁰

Os conceitos de liberdade e igualdade meramente formal tinham aplicação restrita a uma pequena parcela da população, detentora dos meios de produção, cujos interesses eram atendidos por um direito de propriedade concebido em sua função puramente privada. Daí porque MALUF ter afirmado que “eram anti-humanos os conceitos liberais de igualdade e liberdade. Era como se o Estado reunisse num vasto anfiteatro lobos e cordeiros, declarando-os livres e iguais perante a lei, e propondo-se a dirigir a luta como árbitro, completamente neutro.”²¹

No início do século XX, o estado de miséria gerado pela primeira grande guerra e a crise econômica que se alastrava pelo planeta tomaram proporções gigantescas. Era preciso mudar a forma da sociedade e, por conseguinte dos cidadãos se relacionarem com o Estado.

É nesse cenário de crise que ocorre uma reaproximação da sociedade civil com o Estado, que assume para si a função de regulamentar

19 A Constituição se continha toda no texto, como se fora o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma nova fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder (BONAVIDES: 2013, p. 98).

20 MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130.

21 MALUF, op. cit., p. 131.

a economia e de implementar direitos sociais – de segunda geração que se traduzem na exigência de um agir do Estado por meio de entrega de prestações positivas – visando estabelecer uma igualdade substancial entre os cidadãos, em oposição ao modelo burguês, meramente formal, de modo a garantir o bem estar dos membros da sociedade. Trata-se do Estado do bem-estar social, o *welfare state*.

ACUNHA²² registra que nesse modelo social o Estado tornou-se provedor de significativa parcela das demandas sociais, trazendo para si tarefas tão diversas quanto a criação de *um sistema de seguridade social, a regulamentação do mercado e das relações de trabalho entre as classes, o controle do fluxo de capitais, a formação da poupança nacional, a criação de uma rede redistributiva de renda e assunção de atividades diretas na produção de bens e serviços para a sociedade*.

É nas Constituições sociais, inspiradas na Carta alemã de Weimar (1919) que se alojaram os direitos sociais e os dispositivos que tencionam regular a ordem econômica e social. Ao passo em que sucumbe o modelo liberal, promove-se uma reaproximação do Estado com a sociedade, com a consagração de direitos na ordem jurídica e o fornecimento direito de prestações positivas.

É o período em que o Executivo exerce papel de proeminência em face das demais funções do poder estatal, na medida em que compete à Administração prover a maioria das prestações fornecidas pelo Estado.

Todavia, é sabido que o Direito não cria, por sua mera positivação em textos normativos, as condições econômicas suficientes ao atendimento das demandas sociais. Na mesma senda, a história revela que o Estado não possui a capacidade de substituir a iniciativa privada no desempenho da atividade econômica sem que ocorra significativo declínio da geração de riqueza e renda.

É nesse contexto que se verifica a crise de juridicidade das Constituições sociais, na medida em que suas normas ganham a feição de *programaticidade* e passam a funcionar como meros objetivos a serem perseguidos e alcançados, se e quando possível.

É na década de 70 do século passado, conforme lembra Luís Roberto Barroso, que se verifica um processo de redemocratização e reconstitucionalização em países do continente europeu, como ocorreu em Portugal (1976) e na Espanha (1978), por meio do qual os textos constitucionais passam a ser compreendidos sob um outro ângulo, decorrendo um reconhecimento de sua força normativa, “rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinando às circunstâncias do Parlamento e da Administração.”²³

É no paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito que o processo alcança maior status, na medida em que se consubstancia no

22 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012. p.14.

23 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 268.

meio pelo qual são concretizados, em larga medida, os valores previstos na Constituição da República, o que revela um grande desafio do Estado Democrático de Direito: garantir a eficácia normativa da Constituição, superando-se a mera programaticidade em favor da concretização dos direitos tidos por fundamentais, sem que tal implique a substituição das instituições político-democráticas representativas.

3 TEORIAS PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA DA CONSTITUIÇÃO

A discussão acerca do ativismo judicial não dispensa uma análise das teorias procedimentalista e substancialista da Constituição, do que decorre a preponderância do seu aspecto formal ou material, a depender da tese que venha a prevalecer no sistema constitucional do Estado.

Uma maior preocupação em se conferir efetividade às disposições constitucionais relacionadas à concretização dos direitos ditos fundamentais acarreta, inevitavelmente, uma maior participação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente quando se constata a ineficiência das instâncias legislativa e administrativa na realização de tal mister. O paradigma do Estado Democrático de Direito alocou o Judiciário no centro do sistema constitucional, posição essa que no modelo liberal era ocupada pelo Legislativo e no social pelo Executivo, promovendo, com isso, a transmutação do papel do processo enquanto instrumento da jurisdição, que de ferramenta posta à disposição do particular para defesa de seus direitos veio a se transformar em instrumento para a consecução do que se costuma definir como sendo objetivos do Estado.

É na consolidação da transição entre esses paradigmas jurídicos – liberal num extremo, e democrático de direito no outro, passando pelo social – que se verifica a tensão entre o parlamento e a jurisdição, entre o representante eleito pelo povo e o magistrado, o que desemboca na divergência entre aqueles que defendem teses procedimentais-formalista e os que advogam as teorias materiais-substancialista do ordenamento jurídico.

A teoria formal da Constituição refere ao positivismo normativo capitaneado por Kelsen, que apostava na capacidade do legislativo de atender a todas as demandas sociais de seu tempo e defendia a possibilidade de aplicação do Direito mediante mera operação lógica de subsunção de fatos à hipótese abstrata descrita no ato normativo. Acreditava-se que, em princípio, a norma poderia regular toda e qualquer situação social e/ou estatal, diante da completude e da perfeição do ordenamento jurídico. Desapegado de qualquer preocupação em relação ao conteúdo da norma, tal espécie de positivismo jurídico caracteriza-se pelo formalismo, na medida em que a validade e a legitimidade do ato normativo dependem, exclusivamente, da observância do procedimento pré-estabelecido para a sua criação.

Conforme lição de BARROSO²⁴, o positivismo jurídico consistiu na importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, ou seja, na aspiração de se elaborar uma ciência jurídica à semelhança das ciências naturais, que primam pela objetividade e se estruturam na distinção entre sujeito e objeto, com a intenção de estabelecer um método meramente descritivo, isento de opiniões, preferências ou preconceitos, o que acabava por reduzir o Direito a um conjunto de normas em vigor que não carece de outra espécie de justificação senão a própria existência.²⁵

O positivismo jurídico não deixa de ser uma reação à corrente de pensamento jusnaturalista, a seus conceitos vagos e imprecisos, pretendendo, assim, conferir maior segurança aos preceitos jurídicos pela sua normatização o que, em casos extremos, poderia conduzir à institucionalização da injustiça. “O positivista se satisfaz com o preenchimento de requisitos ou pressupostos formais de elaboração da lei; o jusnaturalista insiste sobre o aspecto material ou de conteúdo, medido por critérios subjetivos ou axiológicos.”²⁶

A acepção formal da Constituição, relacionada ao positivismo normativo, foi bem recebida pela sociedade burguesa produto das revoluções liberais²⁷, pelas razões lembradas nos tópicos anteriores. A preocupação em manter a liberdade recentemente conquistada, obstando o retorno do regime político anterior, tornava suficiente à manutenção da ordem social o preenchimento dos requisitos formais de elaboração da Lei. Como nos é lembrado por²⁸, para que a Lei seja admitida pelo positivista, basta que ela seja emanada da autoridade com competência para estabelecê-la e que contenha as características da generalidade e da abstração. Não há aqui uma preocupação com o conteúdo dos atos normativos ou sua conformidade com as “normas de caráter moral”. Nas palavras de KELSEN:

24 BARROSO, op. cit., p. 118-119.

25 Não se deve, contudo, desconsiderar a importância da teoria pura elaborada por Kelsen, em sua tentativa de isolar o direito das demais ciências sociais, de forma a criar uma ciência jurídica isenta de influências da sociologia, da filosofia e da política. No prefácio à primeira edição de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen explica seu esforço em depurar de toda ideologia política e de todo elemento cultural a sua teoria jurídica, que deveria manter-se ligada apenas à sua especificidade, traduzida na legalidade inerente a seu objeto. O jurista lembra que mesmo as ciências naturais sofreram influência política, quando “uma potência mundial se sentiu ameaçada pela notícia da verdade sobre o curso dos astros” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 5-11, passim). Nota-se a preocupação em depurar o direito das influências do Poder, seja ele político, religioso, econômico, patriarcal, etc., para, talvez assim, se aproximar do ideal de justiça, ainda que mantendo a distinção entre o direito e a moral, com vistas à preservação do caráter objetivo, genérico e coercitivo do direito. Por fim, Kelsen reconhece que, “mesmo que a diferença entre justiça e direito seja enfaticamente acentuada, esses dois termos permanecem, entretanto, ligados entre si por fios mais ou menos visíveis” (2009. p. 84).

26 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 191.

27 Conforme Kelsen: “Com a vitória da burguesia liberal no século XIX começa uma pronunciada reação contra a metafísica e a Teoria Natural. De mãos dadas com o progresso das ciências empíricas, com uma dissolução crítica da ideologia religiosa, ocorre a mudança da ciência jurídica burguesa da Teoria Natural para o positivismo” (2009. p. 83).

28 BONAVIDES, op. cit., p. 191.

O direito só vale como direito positivo, ou seja, como direito regulamentado. Da necessidade de ser regulamentado e da sua decorrente autônoma em relação à moral e de sua validade como sistema de normas provém a positividade do direito; daí a diferença essencial entre o direito positivo e o denominado direito natural, cujas normas são deduzidas, como as da moral, de uma norma fundamental e que, por força de seu conteúdo, são consideradas imediatamente evidentes, em decorrência da vontade divina, da natureza ou da razão pura (2009, p. 123).

A reação ao positivismo jurídico, como tentativa de reaproximar o Direito e a moral, sem, contudo, desprezar os avanços científicos promovidos na ciência jurídica pela aproximação do Direito com a norma, evitando, assim, um retorno ao jusnaturalismo puro, viria a ocorrer no marco filosófico denominado pós-positivismo, conforme defendem seus adeptos. Segundo BARROSO, essa corrente de pensamento jurídico “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento jurídico positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”²⁹.

A preocupação com o conteúdo da norma, em detrimento de sua gênese formal, marca a teoria material da constituição, voltada para a defesa e concretização dos direitos ditos fundamentais, o que, por sua vez, passam a demandar uma ativa participação do Poder Judiciário no paradigma social, ante a incapacidade das instâncias políticas representativas em darem efetividade ao caráter compromissário das Constituições sociais.

O parlamento parece ter cumprido a contento sua missão de estabilizar a sociedade fundada nos direitos de liberdade de primeira geração. Contudo, são os direitos fundamentais de segunda geração que uma vez inseridos nos textos constitucionais e incorporados ao discurso político do Estado social que demandam cada vez mais a participação do Judiciário na sua efetivação no Estado Democrático de Direito, o que ocorre por meio do processo, destacando o seu caráter publicista.

Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico. Mas dificilmente as declarações que os inseriam se prestavam a uma redução jurídica fácil, de modo a fazê-los ingressar no corpo da Constituição dotados já de aplicabilidade direta e imediata. Os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos da liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo liberal, conforme ponderou Virga com penetrante acuidade.³⁰

29 BARROSO, op. cit., p. 121.

30 BONAVIDES, op. cit., p. 241.

A dificuldade de se levar a efeito a implementação dos direitos sociais acaba por reduzir a juridicidade das Constituições sociais, duramente elaborada pelos constitucionalistas liberais e pelos positivistas³¹, fazendo restar um caráter meramente programático das disposições constitucionais, diante da dificuldade ou mesmo impossibilidade de se passar do domínio abstrato dos princípios à realidade concreta das normas³².

A crítica à teoria material-substancialista da doutrina contemporânea parte de juristas de peso como Habermas, que defende uma teoria procedimentalista, que visa obstar a judicialização da política imanente à teoria material, mediante a procedimentalização da Constituição, cuja função deveria ficar restrita ao estabelecimento de procedimentos democráticos de escolha de representantes e de participação coletiva nos assuntos do Estado.

De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito³³.

Afirmando a superação do paradigma liberal, e recusando a teoria material da Constituição umbilicalmente ligada ao Estado social, Habermas defende o que pode ser considerado como um terceiro paradigma jurídico, situado no que denomina compreensão procedimentalista do direito:

O direito formal burguês e o direito materializado no Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos

31 "À Constituição folha de papel do racionalismo, contrapôs Lassalle a Constituição real, viva, dinâmica, quase palpável, conjunto de forças sociais e econômicas indomáveis, que formam frente à Constituição rígida, aquela corrente subterrânea e invisível cujas águas o formalismo é impotente para represar, sendo ela, em última análise, a corrente que arrasta em seu curso a História e as instituições, arruinando os fundamentos do edifício constitucional clássico. [...] Essa tendência doutrinária, a pretexto de fazer pois a Constituição acorde com a vida, a realidade, os valores e, por conseguinte, mais próxima de sua essência, se conduzida a pontos extremos, o que em verdade logra, é menos o reforço de legitimidade da ordem constitucional a que se propôs do que o quebrantamento e erosão dos alicerces jurídicos dessa mesma ordem, acarretando assim danos à eficácia e positividade da norma suprema." (BONAVIDES: 2013. p. 242-243).

32 BONAVIDES, op. cit., p. 240.

33 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 326.

no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito³⁴.

Lenio Streck recusa a teoria procedimentalista de Habermas que, segundo o jurista gaúcho, “propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade”³⁵.

Para STRECK³⁶, as teses procedimentalistas não se amoldam à realidade de países periféricos como o Brasil, por estarem longe de “estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social”.

De fato, é difícil garantir igualdade de oportunidades de participação no processo democrático àqueles que não possuem sequer um mínimo de discernimento para compreenderem seu papel na sociedade, uma vez subjugado o seu caráter de cidadão, em razão da exclusão do acesso à educação, à serviços de saúde e saneamento básico, de moradia, até mesmo à alimentação, não sendo suficiente, por tanto, estabelecer procedimentos para sua participação.

Citando Laurence Tribe, STRECK registra que o procedimento deve ser complementado com uma teoria dos direitos substanciais, explicando que:

... o direito ao devido processo tem em sua base a dignidade pessoal (ser ouvido é parte do que significa ser pessoa); do mesmo modo, a questão de “quem vota” ou a regra “um homem um voto” *possui caráter substancial*. *As teorias procedimentalista não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substancial*.³⁷

Assim, em defesa da teoria substancialista, STRECK³⁸ ressalta que tal corrente doutrinária não pode ser confundida com qualquer espécie de alistamento à filosofia da consciência, e tampouco relacionada à movimentos de ativismo judicial, e que no Brasil a Constituição indica os caminhos a serem trilhados pela política, na medida em que reconhece as desigualdades sociais, assentando no pacto social os mecanismos para alcançar tais objetivos, fundando as condições para a transformação da sociedade pelo Direito.

Parece assistir razão à STRECK, quando delibera sobre a necessidade de se promover a concretização dos direitos fundamentais

34 Ibidem, p. 242.

35 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

36 Ibidem, p. 86.

37 Ibidem, p. 87.

38 Ibidem, p. 88.

consagrados na Constituição. O caminho que se vislumbrou para tanto é a trilha da força normativa dos princípios constitucionais.

E aqui chegamos a outro ponto de tensão da jurisdição constitucional: a questão da normatividade encontrada em regras e também em princípios (constitucionais) jurídicos. Em última análise, o cerne do embate entre o Legislativo e o Judiciário.

4 A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS: O PÓS-POSITIVISMO

A teoria da força normativa dos princípios e sua importância para o sistema constitucional encontra em Luís Roberto Barroso³⁹ um de seus mais autorizados defensores em solo pátrio. O insigne jurista carioca associa a efetividade da Constituição à normatividade dos princípios que alberga. Assim é que a era das “Cartas brasileiras, que sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática”⁴⁰, foi superada com a promulgação da Constituição de 1988, em que as normas constitucionais conquistaram o status de normas jurídicas, em relação às quais devem ser harmonizar todas as normas infraconstitucionais, numa nova fórmula de interpretação constitucional, em que se aglutinam a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação⁴¹.

O reconhecimento da normatividade dos princípios é fruto da superação do positivismo jurídico que, ancorado na crença da perfeição da norma pelo simples fato dela ser originária de um órgão estatal supostamente formado por representante do povo, não se prestaria à efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. Nem sempre a Lei fria e inflexível corresponde ao ideal de Justiça. Afinal, é possível que a barbárie seja perpetrada sob o amparo da Lei⁴². É preciso, pois, que a Constituição funcione como base e elemento conformador de todo o ordenamento jurídico.

39 “A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin.” (BARROSO, op. cit., p. 123).

40 Ibidem, p. 139.

41 Ibidem, p. 141-142.

42 “O positivismo pretendia ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positividade da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento

A regra positivada é necessária, por conferir maior segurança ao sistema jurídico. Mas sua interpretação deve ser orientada pela moral, pela ética e pela justiça, componentes esses que são alçados à categoria constitucional, por meio de sua materialização em *princípios*. Tem-se, assim, um deslocamento do eixo em que o sistema repousa: do primado da Lei para a supremacia da Constituição. Agora, todo o ordenamento jurídico deve ser lido a partir da Constituição e se conformar à normatividade de seus princípios. Os entusiastas do modelo pós-positivista defendem que é na Constituição que serão consagrados os valores que determinada sociedade adota para orientar os fins que persegue. “Deveras, sendo a Constituição a lei de todas as leis que o Estado produz, os valores nela positivados são também os valores de todos os valores que as demais leis venham a positivar”⁴³.

Ainda em BARROSO, encontramos a indicação do pós-positivismo como sendo o marco filosófico que se apresenta como uma alternativa entre os extremos positivista e jusnaturalista, pois “não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebem desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política.”⁴⁴

É no marco pós-positivista, portanto, que nos deparamos com a coexistência de dois padrões normativos, as normas e os princípios, segundo classificação ordinariamente aceita pela doutrina e jurisprudência⁴⁵, que requer diferentes fórmulas de aplicabilidade.

Parece não haver dúvidas de que uma parcela significativa da doutrina, com forte influência na jurisprudência, reconhece uma preponderância dos princípios em detrimento das regras, no movimento hermenêutico que se convencionou denominar neoconstitucionalismo. É nesse contexto que CANOTILHO ressalta o “carácter de fundamentalidade dos princípios no sistema das fontes de direito, na medida em que são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico”⁴⁶.

Por seu turno, Humberto Ávila aborda a questão da função das regras num ordenamento jurídico e, em específico, no corpo de uma Constituição. Segundo o jurista, “as regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle

da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.” (BARROSO, op. cit., p. 146).

43 BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 88.

44 BARROSO, op. cit., p. 270.

45 Ao menos pelo segmento doutrinário que admite que regra e princípio são espécies do gênero norma. Em sentido contrário, Nelson Nery Jr., que distingue norma de texto normativo, e refuta a existência de normas em abstrato, filiando-se à corrente de Friedrich Muller, segundo a qual a norma é o sentido atribuído a qualquer disposição, é o produto da interpretação do texto normativo (NERY JR: 2010. p. 22 e 35).

46 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.160.

de poder. A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos⁴⁷. O autor advoga que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não obstante possuir dispositivos emoldurados tanto em regras quanto em princípios, deve ser considerada como regulatória, e não principiológica, em razão da prevalência daquelas em face destes, ao menos no aspecto quantitativo, o que, por óbvio, repercute sobre a postura hermenêutica a ser adotada em face da Carta Magna:

Em vez de deixar aberta a solução para uma ponderação posterior a ser feita pelo aplicador, o próprio Constituinte, quando tratou de direitos e garantias, da organização do Estado e das instituições democráticas, da tributação e do orçamento, da Ordem Econômica e Social, decidiu, na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminasse sem peso algum⁴⁸.

Percebe-se que não há consenso doutrinário acerca do conceito, da função e da forma de aplicação de princípios e regras num ordenamento jurídico. Vejamos mais algumas contribuições teóricas de juristas que se harmonizam com a proposta deste trabalho, sem, contudo, pretender esgotar as possibilidades de análise das teorias por eles defendidas. Visa-se, tão somente, instigar a reflexão sobre a força normativa e as possibilidades de aplicação dos princípios.

Ronald Dworkin associa as regras ao positivismo jurídico, na medida em que define que nessa corrente do pensamento jurídico, o direito de uma comunidade pode ser entendido como um “conjunto de regras especiais, utilizados direta ou indiretamente pela comunidade, com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público” (2010, p. 28). Ainda segundo o jurista norte-americano, tais “regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas” (2010: p. 28) Prossegue em sua crítica ao positivismo afirmando que para solucionar os *casos difíceis, ou seja, aqueles casos em que não é possível a aplicação de uma regra pelo critério simples de subsunção*, o juiz tem que recorrer a outros tipos de padrões normativos, utilizando

47 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. p. 4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 01 abr. 2013.

48 *Ibidem*, p. 4.

o termo “princípio” de forma genérica, para designar esses padrões que não podem ser classificados como regra. Na obra de DWORKIN⁴⁹ encontra-se uma classificação mais detalhada desses princípios tomados em sentido genérico, que poderiam constituir-se em *políticas* e *princípios* propriamente ditos. O jurista norte-americano explica que denomina *política* aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado – em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, enquanto que os *princípios* seriam um padrão cuja observância não decorre de sua aptidão em promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas sim por se consubstanciar em uma exigência de justiça ou equidade, ou, ainda, de alguma dimensão da moralidade. Segundo Dworkin, argumentos de princípios condizem com o estabelecimento de um direito individual, enquanto que argumentos de política visam estabelecer um objetivo coletivo. Assim, “princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”⁵⁰.

Retomando o tema da distinção entre princípios em sentido genérico e regras, Dworkin explica que a diferença entre tais padrões normativos é de natureza lógica. Regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada; se duas regras jurídicas entram em conflito, uma delas necessariamente deve ser inválida, ressalvada a existência de regulamentos que estabeleçam precedência, como por exemplo, para a regra promulgada por autoridade superior, a regra mais recente ou a regra específica em detrimento da regra geral⁵¹. Por seu turno, os princípios teriam uma dimensão que as regras não possuem, “a dimensão o peso ou da importância”, de forma que um princípio desprezado ou não aplicável a determinado caso concreto permanece válido no ordenamento jurídico, podendo vir a ser utilizado para solucionar uma outra situação-problema⁵².

Humberto Ávila parece discordar de DWORKIN ao lecionar que a “diferença entre as categorias normativas não é centrada no modo de aplicação, se *tudo ou nada* ou *mais ou menos*, mas no *modo de justificação* necessário à sua aplicação”⁵³. Segundo ÁVILA, as regras possuem um caráter descritivo, ao contrário dos princípios, que têm caráter finalístico. Assim, o ônus argumentativo é menor quando se está decidindo mediante a aplicação de regras, na medida em que a descrição normativa que esse padrão carrega já seria suficiente para servir como justificação da decisão. Por seu turno, em se tratando de princípios, exige-se do aplicador uma

49 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

50 *Ibidem*, p. 141.

51 *Ibidem*, p. 39-41.

52 *Ibidem*, p. 41-42.

53 ÁVILA. *op. cit.*, p. 80.

fundamentação que tenha o condão de estabelecer uma correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido. Diante da ausência de descrição do conteúdo do comportamento, a interpretação do teor normativo dos princípios vai exigir de forma mais intensa o exame da celeuma posta à apreciação judicial.

Com efeito, os princípios da motivação dos atos administrativos e da moralidade da administração não podem ser construídos sem o exame de casos em que foram aplicados ou em que deveriam ter sido aplicados, mas deixaram de ser. Daí a maior necessidade de análise de casos paradigmáticos, para a investigação do conteúdo normativo dos princípios: é preciso investigar casos cuja solução, porque baseada em valores passíveis de generalização, possa servir de paradigma para outros casos similares⁵⁴.

Ainda de acordo com a teoria dos princípios de ÁVILA, os princípios são normas *primariamente complementares e preliminarmente parciais*, e assim referem apenas a uma parcela dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, de forma que não visam produzir a solução do caso, mas sim contribuir para a busca da resposta correta, a tutela judicial justa e efetiva. Em síntese, os “princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização.”⁵⁵

E por falar em *diretrizes valorativas*, o aspecto axiológico dos princípios é encontrado em larga escala na obra de Robert Alexy. O jurista alemão leciona que princípios e valores estão intensamente relacionados, de forma que ao se efetivar materialmente um princípio estar-se-ia, concomitantemente, realizando-se um valor⁵⁶. Não obstante isso, o autor da teoria dos direitos fundamentais aponta uma distinção que afirma ser fundamental entre princípios e valores, na medida em que aqueles são mandamentos de otimização e, por serem mandamentos, situam-se no campo deontológico, ao passo que os valores residem na esfera axiológica⁵⁷.

Como é sabido, a teoria esposada por ALEXY influenciou significativa parcela de juristas pátrios, incluídos acadêmicos e magistrados. Mas uma das grandes críticas a essa teoria reside na alegação de redução da normatividade dos princípios quando esses são erigidos a *mandamentos de otimização*. Com efeito, ALEXY estabelece

54 Ibidem, p. 81-82.

55 ÁVILA. op. cit., p. 84.

56 “Duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, como isso, haja perda de conteúdo. (ALEXY, , Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 144).

57 Ibidem, p. 146.

uma classificação dos padrões normativos próxima à proposta de DWORKIN⁵⁸: regras seriam normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, cuja aplicação situa-se no campo da validade, ao contrário dos princípios, que se encontram no campo do peso.

Assim, ALEXY concorda com o critério do “tudo-ou-nada” de que nos fala DWORKIN⁵⁹, na medida em que ou se satisfaz o comando da norma ou se desconsidera por completo o seu mandamento, não havendo margem para um meio termo. O conflito entre regras só pode ser dirimido quando é introduzida uma “cláusula de exceção” ou quando uma delas é declarada inválida.

A diferença⁶⁰ está no fato de que Alexy conceitua os princípios como *mandamentos de otimização*, na medida em que seriam “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”⁶¹

Nesse sentido, os princípios não veiculam um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, e por isso devem ceder quando em um determinado caso é conferido um peso maior a outro princípio antagônico.⁶²

Nos casos em que se constata uma colisão de princípios, não haverá a supressão total de um pelo outro. O exame do caso concreto revelará qual princípio deve ceder para que o outro prevaleça, mas isso não significa que um deles será declarado inválido, havendo, isso sim, um exercício de ponderação de valores. Busca-se estabelecer uma precedência entre princípios, de acordo com a importância – o “peso” – de cada um, escalonados num plano hierárquico. Assim, “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”⁶³

58 HABERMAS (1997, p. 317) também aborda a diferença entre os entendimentos de Dworkin e Alexy. Segundo o jurista alemão, “quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos, do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo à mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, eles formam, na configuração com outros valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular.

59 DWORKIN, op. cit., p. 39.

60 Ainda em Habermas, encontramos a seguinte lição sobre a distinção entre princípios e valores: “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que o valor deve ser entendido como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; [...] A validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretendido ser igualmente bom para todos. Ao passo que a atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito de formas de vida ou de uma cultura [...]” (1997, p. 316).

61 ALEXY, op. cit., p. 90.

62 Ibidem, p. 104-105.

63 Ibidem, p. 94.

Em Damião Alves de Azevedo encontramos uma severa crítica à concepção normativo-valorativa de Alexy, no sentido que tal teoria promove o esvaziamento da juridicidade dos princípios, na medida em que não sendo os princípios uma norma jurídica definitiva, mas apenas otimizável, não podem ser sequer entendidos como uma norma com conteúdo jurídico, pois não possuem força normativa cogente, ou seja, não ostentam um dever ser, mas apenas um valor moral que visam salvaguardar.⁶⁴

Sua teoria da argumentação jurídica (de Alexy) pretende descobrir quais valores são preferíveis. Ela não busca o que é devido, mas sim o que é melhor. O dever é apenas a consequência do processo de escolha tornada obrigatória por meio das instituições jurídicas. Antes da ponderação não há direito, mas apenas comandos de otimização que, como vimos, não têm força normativa definitiva. Na verdade eles não comandam, orientam. Sugerem uma direção. O direito surge depois da escolha. E o que se escolhe, o objeto da argumentação por via da ponderação, é o que é moralmente melhor⁶⁵.

Não se nega que ALEXY se esforça para distinguir o caráter deontológico dos princípios⁶⁶, mas há que se reconhecer, ao menos, que a leitura que os tribunais brasileiros, em especial o STF, fazem de sua teoria se reduz à ponderação de valores segundo as preferências – julgamento moral – do magistrado, reduzindo em larga escala a juridicidade dos princípios.

É notória a crescente tendência de resolução de conflitos normativos – os denominados casos difíceis – por meio de regras de ponderação em que o resultado obtido é justificado pela proporcionalidade e razoabilidade.

Aqui a crítica parte de um (ex) Ministro do STF, Eros Roberto Grau, para quem:

Essa regra essencial ao Estado Democrático de Direito (a separação das funções do Poder) é rompida sempre que os juízes passam a exercer o controle da razoabilidade – ou proporcionalidade – das leis.

O que então prevalece na decisão judicial já não é a Constituição, porém a preferência, o valor que cada juiz adote, subjetivamente, como critério de aferição da razoabilidade ou proporcionalidade de cada lei⁶⁷.

64 AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao encontro dos princípios*. Brasília: CEAD UnB, 2013. p. 5.

65 AZEVEDO, op. cit., p. 10.

66 “A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo (ALEXY: 2012, p. 153).

67 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 341.

Tem vez então a crítica de STRECK⁶⁸, em relação a tal “positivação dos valores” nos princípios constitucionais, e que “a referência reiterada aos ‘valores’ demonstra bem o ranço neokantiano que permeia o imaginário daqueles que pretendem fazer uma dogmática jurídica crítica”. STRECK denuncia o movimento doutrinário que dá sustentação à possibilidade de criação de toda espécie de princípios, tantos quantos forem necessários à resolução dos denominados casos difíceis ou à correção das incertezas da linguagem, em que o paradigma do Estado Democrático de Direito é compreendido como a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”.

A consequência natural da “positivação dos valores” e a decorrente multiplicação de princípios é a perda da própria função dessa espécie normativa enquanto instituto de enfrentamento da discricionariedade judicial que se consubstanciam na manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento legal⁶⁹ e, em última instância, a aniquilação da normatividade da Constituição.

Para encerrar, oportuna a lição de Habermas, segundo a qual:

Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes.⁷⁰

Para que a Constituição desempenhe o papel para o qual foi idealizada, de ser instituto de contenção do Poder pelo Direito, que atua na redução do espaço de discricionariedade da Política para a garantia e efetivação dos direitos ditos fundamentais, há que se compreender e defender o caráter normativo dos princípios nela albergados, que muito mais que estabelecerem uma relação de primazia entre o que é melhor ou pior em determinada situação, possuem um conteúdo obrigacional – dever ser – oponível aos seus destinatários.

5 A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

Se no início da era moderna o controle de constitucionalidade servia apenas para a garantia dos direitos liberais, o paradigma social e o seu sucessor, o *democrático de direito*, trouxeram para o âmbito da jurisdição, em especial a constitucional, a missão de implementar as *promessas não cumpridas da modernidade*⁷¹, mediante a consecução de

68 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 518.

69 STRECK, op. cit., p. 516.

70 HABERMAS, op. cit., p. 318.

71 BARROSO, op. cit., p. 189.

políticas públicas no lastro da ineficiência do Legislativo e da incapacidade da Administração absorver todas as demandas sociais.

A questão é que tal judicialização das políticas públicas vai desencadear infundáveis, e ao mesmo tempo relevantes, discussões entre juristas e cientistas políticos, acerca do embate entre o Legislativo e o Judiciário.

O Estado Constitucional, que representa a superação do Estado Legal, traduz-se, portanto, na mais autêntica formulação do Estado de Direito, pois só a existência de uma verdadeira Constituição vai permitir a submissão do Poder ao Direito, o que inclui o Poder Legislativo⁷².

Eis um dos traços marcantes da Constituição, que confirma a tese de que ela não se consubstancia em apenas mais uma espécie legislativa, ainda que fosse a de mais alta patente na hierarquia normativa. Trata-se, portanto, do instituto jurídico criado pelo homem para representar a tentativa de estabelecimento de uma ordem jurídica em que o Poder é limitado pelo Direito, em que a própria atividade criadora do Direito posto pelo Estado deve ser limitada.

Nos países em que o Judiciário ficou encarregado de realizar o controle da constitucionalidade das leis, em sentido amplo, tem-se na jurisdição constitucional o ambiente em que se travam os embates das questões das minorias contra a vontade das maiorias, muitas vezes positivadas pelo Legislativo, órgão máximo (ao menos deveria ser assim) de expressão da soberania popular.

Nesse cenário, é o Judiciário – e no seu ápice, a Corte Constitucional do país: no caso do Brasil o Supremo Tribunal Federal – que exercerá o papel não menos democrático de responsável pela apreciação de teses contramajoritárias e, em alguns casos, vindo a proferir decisões que aniquilam a Lei que supostamente veicula os anseios da maioria representada. É o que explicam MENDONÇA e BARROSO⁷³:

O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*.

72 Ainda em STRECK, encontra-se a informação que “já em 1966 Elías Díaz se perguntava-se no Estado de Direito havia base para o absolutismo legislativo e sua resposta era categoricamente negativa: o Poder Legislativo está limitado pela Constituição e pelos Tribunais, ordinários ou especiais conforme os sistemas, que velam pela garantia da constitucionalidade das leis” (2012. p. 77).

73 MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. 2013. p. 1. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>>. Acesso em: 18 set. 2013.

Assim, no desempenho de sua função institucional de defesa da Constituição, o STF eventualmente poderá sobrepor o seu entendimento às decisões tomadas pelos representantes da maioria, materializadas na produção legislativa.

Contudo, nos últimos anos o STF tem assumido a função de atender as mais diversas demandas da sociedade que não foram resolvidas a contento pelas instâncias legislativa e administrativa, o que faz em inegável condição de instituição representativa dos cidadãos, embora o seu papel no jogo democrático não seja – ou não deveria ser – exatamente esse.

MENDONÇA e BARROSO⁷⁴ abordam com entusiasmo a temática da função representativa exercida pelo STF:

Pois bem: circunstâncias diversas têm colocado ênfase no papel representativo do Supremo Tribunal Federal. Apesar de se tratar de uma questão pouco teorizada, o fato é que um olhar reconstrutivo sobre a jurisprudência e a própria postura da Corte permite concluir que ela tem desenvolvido, de forma crescente, uma nítida percepção de si mesma como representante da soberania popular. Mais precisamente, como representante de decisões soberanas materializadas na Constituição Federal e difundidas por meio de um sentimento constitucional que, venturosamente, se irradiou pela sociedade como um todo. Tal realidade é perceptível na frequência com que as normas da Constituição são invocadas nos mais diversos ambientes. Do debate parlamentar às ações de consumo. Das passeatas gays às respostas da comunidade religiosa, ambas expressamente baseadas na mesma liberdade de expressão.

E se a Constituição ganhou as ruas, era apenas uma questão de tempo para que as ruas terminassem batendo à porta do STF, órgão encarregado de dar a última palavra nas questões constitucionais. Em um país dotado de uma Constituição abrangente, de um Tribunal Constitucional prestigiado e de múltiplos legitimados para provocá-lo, a jurisdição constitucional acaba sendo acionada por todos os lados.

Não obstante, toda vez que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de uma Lei, atua como instância representativa da sociedade, resta estampada a crise de representatividade vivenciada no Brasil.

A notoriedade do exercício de uma função representativa pelo Judiciário e, sobremaneira, pelo STF, está relacionada à *judicialização da política e das relações sociais*. Luís Roberto Barroso aponta causas de natureza diversas para o fenômeno: a primeira estaria no reconhecimento da relevância, para as democracias modernas, da existência de um Judiciário forte e independente; uma segunda causa estaria atrelada à

74 MENDONÇA; BARROSO, op. cit., p. 1.

chamada crise de representatividade, que acarreta uma desilusão com os parlamentos em geral; por fim, uma terceira causa residiria no fato de que atores políticos preferem que certas questões polêmicas sejam decididas pelo Judiciário, como forma de evitarem sua exposição e possíveis efeitos negativos à imagem⁷⁵.

Também em BARROSO encontramos a ideia de ativismo judicial associada à judicialização da política e das relações sociais. Segundo o insigne constitucionalista pátrio, trata-se de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, sendo que em muitos casos sequer há confronto com o Executivo e o Legislativo, mas uma mera ocupação de lugares vazios. Ainda segundo o autor, a judicialização é uma circunstância do arquétipo institucional brasileiro, enquanto que o ativismo consiste numa escolha de um modo característico de interpretar a Constituição⁷⁶.

Mas é preciso ter cuidado. O exercício dessa função representativa pelo STF merece uma reflexão aprofundada. Afora a discussão a respeito do caráter democrático dessa forma de atuação do Tribunal, cabe também avaliar a *capacidade institucional* do Judiciário de promover políticas públicas.

Será que o magistrado realmente possui condições de decidir questões que envolvem aspectos técnicos e científicos de alta complexidade? Na seara econômica, o juiz consegue avaliar com segurança e superar o risco dos *efeitos sistêmicos* de uma decisão que afeta um determinado segmento da sociedade ou a programação orçamentária e financeira do Estado?⁷⁷

A atuação do Judiciário na atual quadra da história está em conformidade com a concepção publicista do processo, tal qual idealizada por seus defensores originais, ou há um desvirtuamento do instituto enquanto instrumento para a realização dos fins do Estado?

Verifica-se uma descaracterização do Direito enquanto norma jurídica, pelo advento de uma Justiça fundada em valores?

6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento de uma ciência processual propiciou a estruturação de uma teoria geral do processo, em que se destacaram três institutos basilares: a ação, a jurisdição e o processo.

75 BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 242.

76 *Ibidem*, p. 246.

77 Apenas para estimular a reflexão, sendo possível, por óbvio, concordar ou discordar do autor, confira-se a resposta dada pelo constitucionalista e hoje Ministro do STF Luis Roberto Barroso: "O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público." (2013. p. 249).

No exercício da jurisdição, sendo o processo o instrumento que permite a sua concretização, o Estado realiza muito mais que a efetivação do direito material do indivíduo (escopo jurídico), na medida em que a realização da justiça – ou algo próximo desse ideal – contribui para a pacificação social e culmina na afirmação do poder do Estado, voltado à satisfação do bem comunitário dos seus cidadãos.

É nesse contexto que se destaca a concepção publicista, que distingue no processo o ambiente em que o Estado persegue os fins que lhe são próprios, tais como a higidez do seu ordenamento jurídico, a garantia dos direitos dos cidadãos ditos fundamentais, a participação democrática (não na forma representativa, mas sim permitindo que qualquer cidadão busque a proteção do Estado) e a manutenção da ordem e da paz.

Para além desses desígnios, o Estado passa a utilizar o processo para a realização de outros objetivos, também públicos, mas não diretamente relacionados à jurisdição em sua concepção clássica.

Com a derrota do modelo *liberal* o Estado, que antes era visto com desconfiança, reduzido ao mínimo indispensável à manutenção da segurança pública e à realização de algumas poucas atividades, cuja onerosidade exacerbada não permitiria a realização por particulares, passa a ser protagonista no paradigma *social* e no seu sucessor *democrático de direito*, verificando-se, em sua aproximação com a sociedade civil, a sua transmutação em fornecedor das mais variadas prestações materiais.

Esse novo modo de atuação do Estado, erguido sobre as ruínas do liberalismo, implica numa nova leitura da teoria da separação das funções do Poder. Se os movimentos revolucionários liberais confiaram ao Parlamento e ao seu produto ordinário a tarefa de estabelecer as condições de existência e manutenção da nação, no Estado social se revela a insuficiência do Legislativo e do Executivo em atender às demandas sociais.

Ocorre uma transformação no ordenamento jurídico do Estado, em que a Constituição assume o ponto central, antes confiado à Lei, que deve se harmonizar com os ditames da Carta Magna.

O pós-positivismo é o marco filosófico em que se verifica uma sobreposição do Judiciário sobre as demais instâncias do Poder, em especial o Legislativo. A comunidade jurídica não mais admite o Direito como um mero conjunto de normas em vigor, que não depende de outra espécie de justificação que não a sua origem.

O reconhecimento da importância do conteúdo da norma, em detrimento de sua gênese formal, marca a teoria material da constituição, que apregoa a defesa e a concretização dos direitos tidos por fundamentais, que demandam uma ativa participação do Poder

Judiciário, ante a incapacidade das instâncias políticas representativas de conferirem efetividade ao caráter compromissário das Constituições editadas nas últimas décadas do século XX.

Por sua vez, a busca pela concretização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição reclama o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, sob pena de se refrear a Constituição, submetendo-a aos sabores das vontades parlamentares transitórias, das maiorias eventuais.

No marco pós-positivista se verifica a coexistência e a tensão entre dois padrões normativos: as normas e os princípios. Uma das preocupações que tomam a comunidade jurídica na atualidade refere-se à forma como as regras jurídicas vêm sendo desconsideradas ou aniquiladas pelo Judiciário, sob a justificativa de se conferir efetividade a um princípio constitucional, comprometendo-se, não raras vezes, o regular funcionamento do ordenamento jurídico do Estado.

A multiplicação de princípios acaba por dificultar o controle do Poder, dando azo à propagação da arbitrariedade e da incerteza.

O problema parece residir menos no aspecto contra majoritário do procedimento de escolha dos juízes que, eventualmente, decidirão as lides em sentido contrário à regra posta pelos representantes democraticamente eleitos pelo povo, do que na constatação de que o processo não se consubstancia em ambiente propício à mensuração dos impactos econômicos e financeiros de macro políticas públicas.

No âmbito da jurisdição constitucional, a técnica de objetivação de recursos pode produzir resultados incomensuráveis, pois a tutela buscada pelo autor pode implicar a alteração de macro políticas públicas voltadas a um incontável número de pessoas.

A superação da ação (direito) pela jurisdição (poder) demonstra que o processo não está sendo vislumbrado com uma garantia do cidadão, na fórmula clássica do *due process of law*. Do mesmo modo, a objetivação de recursos tem contribuído para mitigar a importância da relação jurídica processual enquanto elemento caracterizador da subjetividade do processo, convertendo-o em mero procedimento para a definição de uma tese jurídica que, em alguns casos, consubstancia-se numa (in)autêntica política pública.

Nesse contexto, um bom ponto de partida para uma reflexão mais aprofundada sobre o tema pode ser identificado na proposta formulada por Dworkin (2011, p. 132), no sentido de *que as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis, devem se fundamentar em princípios, e não em políticas*. Eis uma alternativa para o âmbito processual, que não resolve definitivamente o problema, mas contribui, em paralelo à busca da superação da crise da representatividade instalada nas instâncias políticas democráticas, para a construção de um arranjo institucional que melhor atenda aos anseios da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: CEAD/UnB, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> . Acesso em: 01 abr. 2013.

_____. *Teoria dos Princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao encontro dos princípios*. Brasília: CEAD UnB, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CALMON DE PASSOS, J.J. Tutela Constitucional da Liberdade. In: *Ações Constitucionais*. Organização de Alexandre Cruz. Campinas: Millennium, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA, Araújo Henrique; COSTA, Araújo Alexandre. *Conceito de Ação: da teoria clássica à moderna. Continuidade ou ruptura?* Brasília: CEAD/UnB, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Eduardo; BARROSO, Luís Roberto. *STF entre seus papéis contramajoritário e representativo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>> Acesso em: 18 set. 2013.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.