

ATIVISMO JUDICIAL E A IMPORTÂNCIA DA LEI

*Tércio Aragão Brillhante**

Introdução. 1 Ativismo judicial. 1.1 É o juiz Hércules ativista ou contido? 1.2 É bom ou ruim que as Cortes atuem sob o ativismo judicial? 2 O fim das certezas e a prevalência do intérprete sobre o legislador. 2.1 Das perversões do respeito ao texto. 2.2 Das perversões do papel do intérprete. 2.3 O valor do texto para Hans-Georg Gadamer e Friedrich Müller. 3 A principiologia normativa e sua contextualização brasileira. 3.1 Princípio da juridicidade, ou legalidade constitucional, ou legalidade razoável ou proporcional. 4 Separação de Poderes. 4.1 A configuração institucional do Poder Judiciário no concerto entre as funções estatais brasileiras. 4.2 O controle de constitucionalidade como limite ao intérprete judicial. 4.2.1 Casuística: o Enunciado n.º 331 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a ADC n.º 16. Conclusão. Referências

RESUMO

Este é um trabalho sobre o estado da arte do desenvolvimento das funções judicantes, no que toca seu destacado papel na sociedade e no concerto entre os Poderes estatais. Tratar-se-á do ativismo judicial e daquilo que o possibilita: I) os novos métodos de interpretação jurídica, especialmente naquilo que buscam assegurar ao intérprete um papel prevalecte sobre as funções exercidas pelo legislador; II) a principiologia constitucional, como novo paradigma que garante a força normativa dos princípios; e III) o Judiciário como controlador dos atos do Executivo e do Legislativo, tendo à sua disposição, para o exercício de tal mister, ferramentas processuais cada vez mais arrojadas.

Palavras-chave: Ativismo. Separação de Poderes. Métodos Interpretativos. Principiologia Constitucional.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, buscar-se-á apresentar e analisar o estado da arte do desenvolvimento das funções judicantes, no que toca seu destacado papel na sociedade e no concerto entre os Poderes estatais. Tratar-se-á do ativismo judicial e daquilo que o possibilita: I) os novos métodos de interpretação jurídica, especialmente naquilo que buscam assegurar ao intérprete um papel prevalecte sobre as funções exercidas pelo legislador; II) a principiologia constitucional, como novo paradigma que garante a força normativa dos princípios; e III) o Judiciário como controlador dos atos do Executivo e do Legislativo, tendo à

* Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Procurador Federal. Autor e organizador de livros e artigos. E-mail: tercioaragao@hotmail.com

sua disposição, para o exercício de tal mister, ferramentas processuais cada vez mais arrojadas.

Cada um desses itens (novos métodos de interpretação; principiologia constitucional e Judiciário controlador dos demais Poderes) será detalhado e analisado. Alfim, tomar-se-á a posição de considerar que essas inovações, por mais consolidadas, sobranceiras e irrenunciáveis, não devem conduzir a excessos ou ao menoscabo da Lei.

1 ATIVISMO JUDICIAL

A expressão “ativismo judicial” está sob enfoque em diversos fóruns. Dele se trata no Parlamento.¹ Dele se trata na imprensa. Dele falam Ministros de Tribunais Superiores em julgados.² Na Academia, há obras que o enfrentam.³ Mas, afinal, o que é o ativismo judicial? Constitui o ativismo judicial uma afronta à separação de funções do Estado? Ele se confunde com a criação judicial do Direito?

O “ativismo judicial” é expressão oriunda dos Estados Unidos da América do Norte. Seus termos originais são *judicial activism*. É expressão com certidão de nascimento conhecida.⁴ Foi utilizada e documentada pela primeira vez em artigo publicado na revista *Fortune* em 1947. A autoria do artigo é do jornalista Arthur Schlesinger Jr. e o texto publicado tratava da situação curiosa em que se encontrava a Suprema Corte de então: havia uma nítida divisão entre os Ministros. Parte deles era considerada ativista e outra parte contida. Nesse ambiente dual, as decisões acabavam variando a depender de uma maioria eventual formada para os casos. Portanto, a expressão *judicial activism* nasceu já acompanhada, como se outro lado da moeda fosse, de sua expressão antagônica *judicial self restraint* (autocontenção).⁵

A partir desse artigo jornalístico, os termos se tornaram populares e sua utilização substituiu a fórmula anteriormente adotada de governo dos juízes, muito em voga ao tempo dos estudos sobre a influência da Suprema Corte sobre as medidas políticas, econômicas e sociais da primeira metade do século XX.⁶

Os termos “ativismo judicial” e “contenção judicial” não gozam da prerrogativa da precisão em seus significados. Quando utilizados, denotam um posicionamento do emissor dos termos. Costumeiramente, o ativismo é utilizado de forma depreciativa. Quer-se dizer com ele que o Judiciário extrapolou de sua competência e tomou decisões que não lhe eram devidas.

Vital Moreira⁷ rejeita as duas figuras. Ao tratar da legitimidade da jurisdição constitucional, o professor português diz não assistir direito ao juiz de se autolimitar, como também rejeita a concepção de um juiz constitucional ativo ou criativo. Nesse caso, haveria indevido uso pelo julgador da “veste do legislador”. Naqueloutro caso, o da autocontenção, estar-se-ia diante de conceito “intrinsecamente contraditório e insusceptível de fundamentação razoável.”⁸

O ativismo judicial acaba por ser medido pela agressividade com que os tribunais interferem nos órgãos dos demais Poderes,⁹ mas não só isso. Em regra, considerações sobre constitucionalidade, especialmente quando é declarada a inconstitucionalidade da norma sob escrutínio judicial, implicam a classificação de atuação ativista da Corte. Nos Estados Unidos, também decisões sobre questões privadas são classificadas como ativistas.¹⁰

Por essa forma arrojada de atuação, o ativismo pode implicar a criação judicial do Direito, mas com ela não se confunde. A criação é fruto de um processo interpretativo que não pode ser exercido sem qualquer freio ou referibilidade ao sistema, como se tratará a seguir. Por exemplo, uma decisão que não cria direito, mas que anula decisões administrativas ou determina o cumprimento de determinadas ações pelo Executivo não cria direito, mas pode, sim, ser considerada ativista.

1.1 É o Juiz-Hércules ativista ou contido? Considerações de Ronald Dworkin sobre o tema do ativismo judicial

Ronald Dworkin é defensor célebre da importância do Poder Judiciário no concerto institucional entre os Poderes do Estado. Aliás, para Dworkin, os Tribunais não são só importantes. Eles são, na verdade, os mais importantes componentes da estrutura estatal.¹¹ Comentando o estabelecimento, pela decisão seminal de *Marbury versus Madison*, do controle judicial da constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, Dworkin¹² conclui que os Estados Unidos são “[...] uma sociedade mais justa do que teriam sido se os direitos constitucionais fossem deixados ao arbítrio da consciência de instituições majoritárias.”¹³

Poder-se-ia pensar, portanto, que o autor estadunidense seria adepto do papel ativista dos juízes. Todavia, essa defesa da prevalência judicial não implica, nos termos mesmos das obras de Dworkin, a defesa do ativismo judicial.

Na obra *Taking Rights Seriously*,¹⁴ Dworkin¹⁵ apresenta as categorias de ativismo e contenção judicial, como duas filosofias sobre como devem os Tribunais decidir os casos controvertidos em matéria constitucional, especialmente sob a ótica da relação entre Direito Constitucional e Moral. Os juízes ativistas, no sentido mais forte da classificação, julgariam os atos dos demais poderes, de acordo com os princípios constitucionais, tendo esses princípios o significado que as Cortes mesmas decidissem. O entendimento da Corte deve ser revisado de tempos em tempos. De outra sorte, os juízes contidos placitariam as decisões tomadas pelas demais esferas do poder estatal, mesmo que isso seja contrário ao entendimento dos juízes sobre o caso concreto.

Dworkin¹⁶ ainda subdivide a atuação dos adeptos da contenção judicial em duas categorias: a dos juízes contidos céticos e dos juízes contidos deferentes. Para os céticos, não haveria uma Moral que desse substrato aos direitos dos cidadãos em face do Estado. Esses direitos haveriam de ser extraídos do texto constitucional. Para os deferentes, esse fundamento moral dos direitos

dos cidadãos existiria, mas a decisão sobre a existência dos direitos em si seria de competência dos órgãos político-eletivos, e não do Judiciário.

Continuando sua exposição, Dworkin afirma que o argumento de serem antidemocráticas as decisões tomadas pelo Judiciário só pode prevalecer se adotada a visão cética de inexistência de direitos morais dos cidadãos contra o Estado, uma vez que:¹⁷

[...] se os homens não possuem direitos contra a maioria, se a decisão sobre a matéria se limita a apontar de quem são as preferências prevalecentes, então a democracia constitui uma boa razão para deixar a decisão a cargo de instituições mais democráticas do que os Tribunais, mesmo se as decisões tomadas por essas instituições sejam detestadas pelos juízes.

Em trabalho posterior, o livro *Law's Empire*,¹⁸ Ronald Dworkin se mostra mais claro quanto ao assunto. Nesse trabalho, Dworkin leva a efeito um repasse do estágio em que se encontravam as teorias acadêmicas de direito constitucional nos Estados Unidos e trabalha, em vez dos termos “contido” ou “autocontido”, os termos “passivismo” e “juízes-passivos”, em uma contraposição mais clara aos juízes-ativistas. Para o professor estadunidense, passivo é o juiz que rende grandes deferências às decisões dos demais Poderes estatais. Ao passo que o juiz-ativo, segundo versões mais radicais, é aquele que declara inconstitucionais as decisões dos demais Poderes, sempre que as desaprovam.¹⁹

Após analisar cada uma das classificações, em contraste com casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos,²⁰ conclui que o Direito como integridade, tal qual ele o defende, não se coaduna com atuações de forma passiva ou ativa. Para Dworkin²¹, a alternativa ao passivismo não é um ativismo cru, calcado apenas no sentimento pessoal de justiça dos julgadores. A alternativa correta é uma atuação refinada de julgamento, a ser feito caso a caso e cujos resultados possam caber na prática constitucional, em vez de negá-la.

Mais à frente em sua obra, Dworkin conclui que o seu juiz arquetípico, o Juiz-Hércules, não é passivo, porque rejeita “[...] a ideia rígida de os juízes prestarem reverência aos membros eleitos do estado, independente de que parte do esquema constitucional esteja em questão.”²² Também não é ativista o Juiz-Hércules, porque ele se recusará a substituir as decisões dos demais Poderes, quando for o caso de considerações de natureza política. Enfim, para Dworkin,²³ o Juiz-Hércules foge aos padrões acadêmicos classificatórios dos juízes.

1.2 É bom ou ruim que as Cortes atuem sob o ativismo judicial?

Finalmente, para arrematar este tópico, é o ativismo judicial bom ou mau? Nenhum das duas respostas pode ser tomada como certa. Não é o ativismo em si, não é a atuação mais arrojada do Judiciário ao anular um ato do Executivo ou ao considerar uma lei inconstitucional, que permite, por si mesma, sua reprimenda ou seu elogio. São as circunstâncias empírico-normativas da decisão

que permitem essa avaliação. Rechaça-se a ideia do juiz ativista como um juiz que extrapola os limites de suas funções, na mesma medida em que se rechaça o juiz ativista como um julgador socialmente comprometido. Se se tomarem exemplos momentosos colhidos na terra berço do conceito, identificam-se duas decisões ativistas, inegavelmente ativistas, que não podem, sob nenhuma ótica, ser consideradas da mesma qualidade: o caso *Lochner versus New York*, em que a Suprema Corte julgou inconstitucional, em virtude do devido processo legal substancial, lei que limitava as horas da jornada de trabalho da categoria profissional dos padeiros; e o caso *Brown versus Board of Education*, em que a Suprema Corte pôs fim à política segregacionista nas escolas públicas. Ambas decisões ativistas, todavia muito diversas entre si. A primeira, radicalmente contrária aos direitos sociais e aferrada ao paroxismo da economia liberal. A segunda indisputavelmente defensora do avanço na luta contra a discriminação racial.²⁴

A classificação, portanto, em juízes ativistas ou contidos não deve conduzir a uma qualificação apriorística de atuação deficiente, por excesso ou por ausência, do exercício das funções jurisdicionais. Os titulares do Poder Judiciário não devem se conter, quando não for o caso de se conterem, como não devem nulificar decisões dos Poderes outros ou criar Direito, quando não for o caso. Nem contido, nem ativo, o Judiciário deve ser prudente. O Judiciário não deve prender sua atuação sob o enfoque de render deferência ou lançar menoscabo aos demais Poderes.

Entende-se que as manifestações sobre o ativismo judicial e a presença constante do Judiciário nos debates das questões jurídico-políticas brasileiras encontram fundamento em três fenômenos: I) os novos métodos de interpretação jurídica, especialmente naquilo que buscam assegurar ao intérprete um papel prevalente sobre as funções exercidas pelo legislador;²⁵ II) a principiologia constitucional, como novo paradigma normativo que garante a força normativa dos princípios; e III) o Judiciário como controlador dos atos do Executivo e do Legislativo, tendo à sua disposição, para o exercício de tal mister, ferramentas processuais cada vez mais arrojadas. Enfrentar-se-á cada um desses itens justificadores da atual configuração jurídico-política do Poder Judiciário.

2 O FIM DAS CERTEZAS E A PREVALÊNCIA DO INTÉRPRETE SOBRE O LEGISLADOR

A Física do século XX alterou nossa visão de mundo. A ideia de um universo pautado, inexoravelmente, por leis da natureza regidas pela causalidade, não mais subsiste tal qual outrora. A física quântica trouxe para o antes inquestionável mundo da causalidade elementos de incerteza e elementos variáveis. A revolução científica que alterou o paradigma das ciências naturais e a perspectiva mesma da noção de realidade e de mundividência acabou por, como não poderia deixar de ser, implicar influxos nas ciências sociais e no Direito, em alguma medida.²⁶

Até mesmo porque os estudiosos do Direito sofriam com o problema da demarcação científica. Pretendiam ser tratados como cientistas, mas a ideia de ciência por excelência,²⁷ de ciência-fetice excluía o Direito do mundo da Ciência. Isso porque o científico seria o conhecimento dotado de certeza e neutralidade. Os padrões de aferição da cientificidade de determinado estudo eram extraídos das ciências naturais. A partir do momento em que a mecânica quântica traz a incerteza e a variável para a ciência física, fortalecidas ficam as correntes de pensamento epistemológico que se mostram avessas a tal padronização, outrora alçada a dogma. Qualquer conhecimento, qualquer estudo pode vir a ser classificado como estudo científico. Não há mais objetos de estudos científicos por si mesmos.²⁸ Não só o mundo natural é passível de ser estudado cientificamente. Também o Direito o é.

Mas, afinal, o que é essa incerteza propalada pela mecânica quântica? Os estudos dos quanta, como todo empreendimento científico, foram construção de diversos cientistas, cada qual acrescentando teorias e descobertas ao longo do tempo²⁹. Por exemplo: Max Planck,³⁰ Albert Einstein,³¹ Niels Bohr³² e, finalmente, Werner Heisenberg³³ contribuíram em alguma medida³⁴ para o desenvolvimento da “Interpretação Copenhague da Teoria Quântica”,³⁵ usualmente conhecida como “Teoria da Incerteza de Werner Heisenberg”. A explicação da teoria da incerteza tem de começar pelo alerta de que sua origem é a observação das partículas subatômicas, especialmente dos elétrons. Mesmo que um determinado objeto do mundo que podemos observar com vista desarmada esteja parado, no “mundo subatômico”, as partículas estão em constante movimento, cuja trajetória não se pode demonstrar com certeza. Em virtude da impossibilidade de se determinar como ocorrem esses deslocamentos, Heisenberg asseverou que a probabilidade envolvida é o resultado da mistura de dois componentes. A probabilidade é parcialmente fato e é parcialmente o nosso conhecimento desse fato.³⁶ Mais: o cálculo que resulta na probabilidade não assegura a descrição do movimento dos elétrons entre uma primeira e uma segunda observações.³⁷

O impacto que a teoria da incerteza causou no mundo como um todo e na comunidade científica foi tamanho, que Max Planck se mostrou assombrado pelo niilismo decorrente da propagação da teoria. Em texto significativamente intitulado “É real o mundo externo?”,³⁸ Planck, após asseverar que o mundo estava em crise em todas as suas dimensões, direciona-se “[...] para a mais exata das ciências naturais, a Física”, para também nela encontrar crise. O ponto crítico é a perda da força e o crescente descrédito do princípio da causalidade:³⁹

Até agora o princípio da causalidade era universalmente aceito como um postulado indispensável da investigação científica, porém alguns físicos nos dizem que o princípio deve ser jogado fora. O fato de que tão extraordinária opinião possa ser expressa em círculos científicos responsáveis já é bem significativo de que por todas as partes desconfiança no conhecimento humano.

Não outro senão, o próprio Werner Heisenberg tomou alguns cuidados em suas argumentações explicativas da teoria da incerteza, a fim de não caracterizar a subjetividade como um componente desmedido. Conforme suas próprias palavras: “Nós sabemos que a cidade de Londres existe, quer nós a observemos, quer não”.⁴⁰

A adaptação às descobertas e às demonstrações de Heisenberg foram, enfim, sendo construídas, a fim de nos resgatar do niilismo que tanto amedrontou Max Planck. Como o cientista russo Ilya Prigogine⁴¹ escreveu anos mais tarde: “O que surge hoje é, portanto, uma descrição mediana, situada entre duas representações alienantes, a de um mundo determinista e a de um mundo arbitrário submetido apenas ao acaso”. Arbítrio e determinismo convivem no mundo natural. A física quântica não descreve toda a existência. Suas descobertas não são aplicáveis a tudo. Elas se referem ao mundo do muito pequeno.⁴² Afinal, os aviões ainda alçam voos e chegam a seus destinos. Os prédios ainda são construídos segundo regras físicas e matemáticas clássicas. E eles não se esboroam. Tal qual conclui Prigogine⁴³: “As leis não governam o mundo, mas este tampouco é regido pelo acaso”.

Decerto que um intérprete/aplicador, decerto que um julgador, seja ele juiz de 1º grau, seja ministro das Cortes Superiores ou da Corte Suprema, ao se debruçar sobre uma demanda, traz para o julgamento forte carga de conhecimento que possui do sistema normativo e forte carga de influências outras, que constituem seu ser (influências trazidas por dados sociológicos, filosóficos políticos e até mesmo – porque não afirmá-lo – sentimentais); todavia toda essa carga de variados matizes deve ser informada, conformada e limitada pelas normas de direito legislado, sob pena de desvirtuamento do sistema jurídico que ele – julgador – integra.

Há limite para o subjetivismo. Na construção da norma para o caso, o enunciado normativo não pode ser posto de lado, especialmente em regimes democráticos. O texto não pode ser negado. Ele exerce uma resistência semântica última que o sustenta. Podemos concluir o raciocínio com Aharon Barak,⁴⁴ ex-ministro presidente da Corte Constitucional de Israel:

Eu sou um juiz. Para mim, a Constituição é um documento operacional. Eu decido processos pela extração do significado de seu texto. O procedimento de extração de significado do texto da Constituição, assim como em qualquer documento, é um procedimento de interpretação, e, por isso, a questão que se apresenta para mim é: Como você interpreta a Constituição? Não é uma resposta dizer que ‘Palavras não possuem significado, decida de acordo com o que lhe for politicamente conveniente’. Palavras possuem, sim, significado. Um cigarro não é um elefante. Eu sou um juiz, não um político.

Salvante casos de controle judicial de constitucionalidade que impliquem a limitação dos sentidos do enunciado (interpretação conforme a Constituição) ou que impliquem a nulificação normativa plena (declaração de inconstitucionalidade em termos padrões), a lei há de ser mantida. Esse instrumento normativo

representa a escolha prévia feita pelo órgão estatal legiferante. Integra o sistema. A lei deve ser levada a sério.

Por certo que as especificidades do caso concreto também informam a decisão, o que pode implicar variações na sua aplicação. Também um significado que pareça evidente em dada situação, especialmente se se ativer a apenas um enunciado legal, poderá ganhar outra significação quando, na dinâmica própria da aplicação do Direito, seus termos entrarem em entropia com os demais enunciados da lei específica; com demais leis do ordenamento e com Constituição. Isso é inegável.

O raciocínio em dístico – ou isto ou aquilo – não funciona neste caso. O real é muito mais sortido do que duas categorias. Não é porque se pugna pela defesa do texto normativo e pela resistência semântica por ele exercida que se deve ser considerado formalista e até mesmo tacanho, em contraposição ao intérprete que crê na inesgotabilidade dos sentidos e no pleno poder criativo dos juízes.

José de Albuquerque Rocha divisa duas categorias de intérpretes antiformalistas: a categoria dos intérpretes radicais e a categoria dos intérpretes moderados: os radicais defendem a inesgotabilidade dos sentidos, a liberdade irrestrita do intérprete, pois consideram impossível a extração de um sentido correto da norma a ser aplicada ao caso.⁴⁵

Ambas as formas de atuação, a do formalista-gramatical e a do intérprete antiformalista radical, são inservíveis a uma adequada análise e atuação prática do fenômeno jurídico. A defesa do texto legal, ou melhor: a defesa do respeito às decisões legislativas não pode ser confundida, até mesmo de forma caricatural, com uma posição meramente formalista e retrógrada.

Respeitar o texto legal não é se aferrar a um único dispositivo, negando o restante das normas e o caso concreto. Respeitar o texto legal é saber que, durante o processo hermenêutico, com atenção aos elementos a serem levados em consideração, pode-se defrontar com uma barreira intransponível ao resultado que supúnhamos, subjetiva e aprioristicamente, mais adequado. Konrad Hesse chamou essa barreira de “limite inultrapassável”.

Para reforçar a citação acima invocada de Aharon Barak, de que há limites textuais para a interpretação (um cigarro não é um elefante), válido é rememorar que não é apenas de casos difíceis, com fatos complicados e aplicações normativas em zonas de penumbra, de que se compõe o mister do intérprete/aplicador. Existem, sim, os casos fáceis. Aliás, tanto para Genaro Carrió,⁴⁶ quanto para Aulis Aarnio,⁴⁷ os casos fáceis constituem a maior parte das aplicações reais das normas jurídicas.

Todavia, não é a existência de tal sorte de casos que implica a negação do poder criativo dos juízes. Casos difíceis e casos fáceis convivem no sistema jurídico. Uma espécie não nega a outra. Uma espécie, todavia, não atrai para si

o mesmo tratamento que a outra espécie, enquanto que, para os casos difíceis, cuja aplicação normativa ocorre em zona de sombras e penumbras, o alargamento das funções do intérprete-aplicador é patente, para casos mais simples ou para casos em que o direito legislado parece ter dado a solução de forma mais vinculada – talvez a mais vinculada possível -, o trabalho do intérprete/aplicador é mais afunilado.⁴⁸

2.1 Das perversões do respeito ao texto: uma ilustração shakespeariana

O respeito ao texto normativo não se confunde com a interpretação de natureza gramático-literária, fiada tão somente na leitura crua dos textos. Como restou escrito acima, a dinâmica da aplicação é ampla de elementos e interações. O respeito ao texto, deveras, pode sofrer perversões, assim como a liberdade de interpretação pode conduzir à tirania do intérprete.

Exemplo vivo de perversão feita a título de cumprir o texto, nos é fornecida por William Shakespeare, em sua peça intitulada “O Mercador de Veneza”. Em sucinto resumo, a fim de facilitar o entendimento, o trecho que se apresenta é o clímax da peça e ocorre no quarto ato da cena cinco. Shylock demanda perante a autoridade maior da cidade, o doge de Veneza, o pagamento de um título vencido em desfavor de Antônio. Conforme estipulado no título, o não pagamento de seu valor implica o direito a Shylock de uma libra de carne do corpo de Antonio.

A questão foi apresentada ao doge por Shylock e em um surpreendente revés, o “jurista” que tratava do pedido apresenta a seguinte conclusão: Shylock teria o direito à libra de carne, mas não poderia, ao retirá-la, derramar o sangue do devedor, pois não havia na letra de câmbio qualquer menção expressa a sangue:⁴⁹

Pórcia.- Uma libra de carne desse mercador te pertence. O tribunal te adjudica essa libra e a lei ordena que ela te seja dada.

Shylock.- Corretíssimo juiz!

Pórcia.- E podes cortar-lhe essa carne do peito. O tribunal o autoriza e a lei o permite.

Shylock.- Sapientíssimo juiz! Isto é que é uma sentença! Vamos, preparai-vos!

Porcia.- Espera um momento. Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são: “uma libra de carne”. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne. Mas, se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscados em benefício do Estado de Veneza.

Graciano.- Oh! Juiz emérito! Atenção, judeu!...Que juiz reto!

Shylock.- A lei é essa?

A reviravolta interpretativa acima transcrita é surpreendente e absurda. Mesmo que não houvesse a expressa menção ao sangue, este deveria estar subentendido no ato de retirar uma libra de carne do corpo de Antonio. Afinal, é materialmente impossível, mesmo lançando mão de coagulantes contemporâneos, extrair a libra de carne sem derramar uma gota sequer de sangue. A interpretação que prevaleceu na peça não louva o texto: ela o nega, sob a justificativa da literalidade, alberga o absurdo; não se atém ao texto, mas cria nele exigências.

2.2 Das perversões do papel do intérprete: de uma conversa com Alice para um arremate shakespeariano

Por outro lado, se a plenitude da força se centrar no papel exercido pelo intérprete na aplicação do Direito, ter-se-ia uma situação de caos pleno e irrefreável. Isso porque, acaso o poder construtivo da interpretação não encontrasse quaisquer barreiras ou limites infranqueáveis, sendo assegurado a todos e a qualquer um a prerrogativa de dizer o que é o Direito para o caso concreto, viver-se-ia em uma intolerável torre de Babel, fadada ao esboroamento; consequentemente, a ninguém seria dada a segurança de saber o que seria o Direito aplicável para o caso concreto. Em um ótimo exemplo colhido na Literatura, podemos perceber essa impossibilidade de entendimento. Vejamos este diálogo travado entre Alice e Humpty Dumpty, personagens de Lewis Carrol⁵⁰:

Não sei o que quer dizer com 'glória', disse Alice.

Humpty Dumpty sorriu, desdenhoso. Claro que não sabe...até que eu lhe diga. Quero dizer "é um belo e demolidor argumento para você!"

Mas 'glória' não significa 'um belo e demolidor argumento', Alice objetou.

Quando eu uso uma palavra, disse Humpty Dumpty em um tom bastante desdenhoso, ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos.

A questão é, disse Alice, se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes.

A questão, disse Humpty Dumpty, é saber quem vai mandar – só isto.

Humpty Dumpty nega qualquer significado às palavras por si mesmas. É a autoridade do intérprete que vai determinar o que as palavras significam. Essa autoridade pode descambar para o arbítrio cego e malfazejo. Algum significado há de ser assegurado à mensagem, sob pena da ditadura dos mensageiros. O reconhecimento do papel construtivo do intérprete, capaz de não só desvendar o sentido do texto, mas de criar sentido, não pode desaguar na ausência de força das palavras,⁵¹ em razão de fiança irrestrita no intérprete. Afinal, algo além da fiança na capacidade do intérprete deve existir, não só porque as palavras possuem algum sentido por si, como também para garantir que não haverá abusos, não haverá a tirania dos intérpretes. Se ao intérprete tudo fosse assegurado, o

que se faria acaso ele abusasse dessa prerrogativa? O que fazer se um gigante decidir usar sua magna força e não se dispuser de limites para contê-lo?⁵²

2.3 O valor do texto para Hans-Georg Gadamer e Friedrich Müller

Mesmo as explicações acima podem não ser suficientes para debelar o juízo de que o respeito ao texto normativo é menoscabo ao intérprete e se fia em posicionamento formalista-legalista de todo ultrapassado. Podemos imaginar que haja quem classifique nossa defesa democrática e semântica das decisões do Parlamento como reflexo tardio do juiz boca da lei, mero autômato, nas palavras de Montesquieu. Ciente dessa possível imprecisão, e mesmo tendo citado constitucionalista do porte de Konrad Hesse, invocar-se-á para esse trabalho as achegas das fontes que, para muitos, são as mais insuspeitas para defender o texto como limite.

Hans-Georg Gadamer talvez seja um dos mais incensados hermenutas de nosso tempo.⁵³ Ele desenvolveu um trabalho de fôlego sobre o processo hermenêutico em geral e o jurídico em particular em sua obra “Verdade e método”. Gadamer é responsável pela introdução definitiva, nos estudos de hermenêutica jurídica, da noção de pré-compreensão e do círculo hermenêutico. Em suas lições, colhemos a necessidade de se fazer respeitar o objeto sob interpretação, evitando-se a hipertrofia do eu. Apesar das pré-compreensões e da alta carga encerrada na pessoa do intérprete, Gadamer⁵⁴ professa que:

A tarefa hermenêutica se converte por si mesma em um questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre codeterminado por esta. Assim, o pré-empendimento hermenêutico ganha solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto [...]

Tratando especificamente da tarefa interpretativa voltada para o Direito, seguindo a mesma linha de raciocínio de superação de uma subjetividade irrestrita,⁵⁵ Gadamer⁵⁶ defende a sujeição à lei do julgador:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica.

Por sua vez, Friedrich Müller, autor da teoria metódica estruturante, é considerado, por Paulo Bonavides⁵⁷, autor de obra destacada e figura singular para a nova hermenêutica constitucional. Müller desenvolveu uma teoria hermenêutica concretizadora, que busca situar a norma, tanto em seu aspecto normativo quanto em seu aspecto empírico. Essa preocupação com a realidade na aplicação do Direito pode ser depreendida pelo seguinte trecho de autoria de Friedrich Müller:

Como ponto de partida metódico, como fator de segurança jurídica, de publicidade e clareza normativa na democracia do Estado de Direito, o texto normativo apresenta confiabilidade apenas limitada e partilha a relativização da metódica própria à ciência jurídica, sem, contudo, mostrar-se com isso dispensável ou secundário. Suas mencionadas funções fazem dele uma fronteira de concretização permitida.⁵⁸

Dessarte, para o professor Friedrich Müller⁵⁹, o texto é início e final do processo de concretização do Direito: é ponto de partida e de referência. Exerce funções estabilizadoras e explicativas insubstituíveis para o Estado Democrático de Direito de Müller.⁶⁰ Apesar de não considerar o texto como “a norma” a ser concretizada, Müller⁶¹ assegura a ele a condição de dirigir e limitar as possibilidades de concretização.

3 A PRINCIPIOLOGIA NORMATIVA E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO BRASILEIRA

Depois de um longo período sob o jugo de um regime ditatorial, cuja primeira ação explícita foi o levante da tropa do General Mourão,⁶² o Brasil iniciou processo de redemocratização. A consolidação do retorno democrático teve por marco histórico e normativo a promulgação da Constituição da República de 1988. A vontade de que o marco normativo da Constituição, tão precioso a todos os brasileiros, fruto maior da luta pela redemocratização, não perdesse sua força, não esmaecesse em seu rico colorido, acabou por proporcionar uma desconfiança significativa no seio da comunidade jurídica. Grande parte dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, desde seu nascedouro e a partir dele, eram considerados inconstitucionais. Reinava o sentimento de suspeição, expressamente reconhecido por Sergio Moro.^{63 64}

A necessidade de bem cumprir a função jurisdicional obriga o juiz a assumir postura ativa frente à Constituição. Deve buscar o significado dessas normas constitucionais sem a necessidade de especial deferência à interpretação adotada pelos outros poderes constituídos. Mais do que isso, nas hipóteses anteriormente expostas, a interpretação dos outros poderes deve ser submetida a severo exame judicial, colocando-a sob suspeita.

A Constituição, especialmente sua recentemente assegurada normatividade principiológica, era a ferramenta utilizada para o afastamento das normas e dos atos julgados inconstitucionais pelo Judiciário. O amadurecimento do Estado brasileiro e das práticas constitucionais, sem dúvida, arrefeceu o sentimento de desconfiança, até mesmo porque houve avanços inegáveis no Brasil. Todavia, como os princípios vieram para ficar, especialmente em razão de seu relevantíssimo papel, é necessário tecer algumas considerações para enquadrá-los como parte de um ordenamento, o qual se deve aplicar em conjunto.

Os princípios não podem ser a fonte mais difundida da normatividade, notadamente em países como o Brasil, em que vige um sistema de normatização comumente legislativa. É necessário também alertar que os princípios constitucionais também incidem nos trabalhos do legislador e hão de ser levados em conta na composição da lei.

Por meio de trabalhos de discussão e consenso parlamentar, muitas vezes motivados por demandas constitucionais e da sociedade civil, o Poder Legislativo escolhe como este ou aquele princípio deve ser densificado. Quando o legislador assim atua, um posterior processo de escolha de uma outra conclusão para o adensamento do princípio nada mais é do que isto: escolha entre possibilidades asseguradas pela ampla moldura principiológica.⁶⁵

Regras de Direito são comumente o resultado de um processo decisório legislativo, por meio do um número de razões, embaçadas em políticas, metas, valores, interesses, princípios, etc. são sopesadas para o alcance de um resultado ponderado. Em muitos casos em que essas regras de Direito são aplicáveis, as metas, os princípios, etc. subjacentes também seriam relevantes para as consequências legais do caso, sua aplicação não seria excluída pela aplicação da regra legal. As razões geradas pela regra substituem as razões geradas pelas metas e pelos princípios que são subjacentes à regra. O papel das metas e dos princípios fica restrito à influência exercida sobre a regra promulgada. Por isso é que eu chamei as razões, geradas por uma regra, de razões substitutivas. Similarmente, pode ser dito que a regra legal substitui seus subjacentes metas e princípios.

Ao fim e ao cabo, parece-nos que a razão está com Aulis Aarnio⁶⁶ que, em trabalho no qual registra o debate por meio do qual se analisam os conceitos de princípios e regras, a fim de diferenciá-los forte ou fracamente, conclui que as regras são a base central para a aplicação do Direito e que não podem os juristas esquecer de levá-las a sério.

3.1 Princípio da juridicidade, ou legalidade constitucional, ou legalidade razoável ou proporcional

A atuação dos entes públicos, nomeadamente em sua atuação de ordem administrativa, é informada pelo princípio da legalidade. A Constituição da República de 1988 assegurou natureza constitucional ao princípio da legalidade, enumerando-o como princípio da Administração Pública, ao lado dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este último em texto emendado).

A noção do princípio da legalidade como a necessária atuação da administração pública pautada e vinculada ao ordenamento jurídico como um todo, e não apenas à lei no sentido mais estrito e formal da expressão, já constava das obras de autores como Miguel Reale,^{67 68} para quem, ao se tratar de respeito à

legalidade: “Será mais preciso afirmar que a Administração não executa leis, mas sim o ordenamento jurídico, que é a ‘legislação in acto’ [...]”.

Todavia, não é por isso que está autorizada a negação de marcada ressignificação que as noções contemporâneas de legalidade como juridicidade ou legalidade constitucional ou legalidade razoável ou proporcional têm. Mesmo podendo haver uma relação entre ambas as perspectivas, mesmo encontrando autores d’antanho que já mencionavam legalidade como respeito ao ordenamento, e não apenas como respeito à lei formal, não são idênticas as compreensões. E muito menos assemelhadas as práticas administrativas e judiciais. Hoje, se trabalha muito mais com os princípios e as normas constitucionais do que antes. A exigência de respeito ao ordenamento é muito mais real e menos livresca do que parece ter sido até o início da redemocratização brasileira e das alterações paradigmáticas que o neoconstitucionalismo proporcionou.

Essa redefinição da legalidade, essa mudança paradigmática, ganha especial repercussão e destacada importância no controle exercido pelo Judiciário sobre os atos da Administração Pública. Como bem anota Germana Oliveira de Moraes:⁶⁹

A assunção pelo princípio da legalidade desses novos conteúdos: de legalidade constitucional, ao ordenar e regular o Poder Legislativo, e o de juridicidade, ao ordenar e regular o Poder Executivo, repercutirá diretamente sobre a compreensão teórica da discricionariedade e a amplitude do controle jurisdicional da atividade administrativa [...].

Todavia, não se deve perder de vista que a legalidade ainda é legalidade como respeito à lei. Decerto que não apenas à lei ou qualquer lei. O respeito a que se deve ser tributário é o respeito à lei constitucional. Mas o alcance de como irão os intérpretes atuar em cima dessa ideia merece alguma atenção. Colhamos um exemplo oriundo de artigo publicado por membro de alto escalão do Poder Judiciário, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon:⁷⁰

O nó górdio da questão está na resposta à seguinte indagação: até que ponto o Judiciário pode avaliar a proporcionalidade e afastar as razões técnicas e concretas do legislador? Não resta dúvida que tem a magistratura de fazer um exame macro da situação para não cometer o erro de privilegiar um princípio em detrimento de outro, tendo sempre a ideia de que o administrador age de acordo com a lei e, no limite do que decida, pode-se sacrificar a lei em nome de um princípio maior, cujo ápice está no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para se considerar juridicamente lícito o sacrifício da lei em nome de um princípio, entende-se que esse sacrifício deve ser o resultado da técnica de controle que o sistema constitucional brasileiro outorga ao Judiciário: o controle de constitucionalidade. Ao resolver uma questão, o julgador deve encontrar solução que se adapte ao texto legal e ao princípio constitucional aplicáveis.

Caso seja impossível tal solução, caso seja necessário o “sacrifício da lei”, essa lei há de ser declarada inconstitucional.⁷¹

4 SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ANÁLISE QUE HÁ DE SER FEITA SOB ASPECTOS CONCRETOS

Quando Montesquieu - e Locke, antes dele -, professaram, para o Estado Liberal, a necessidade da separação entre as funções exercidas pelo Estado, talvez não pudessem imaginar o quão plástica e variável seria a atuação prática dessa ideia de contenção do Poder, durante o evoluir da história e em experiências nacionais diversas.

Os constitucionais revolucionários franceses lançaram a pedra fundamental normativa da separação de poderes, uma vez que decretaram a indissociabilidade entre Estado de Direito, separação de poderes e defesa dos direitos, conforme o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assim redigido: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. A existência mesma de uma norma passível de ser considerada “constituição” estava condicionada à separação dos poderes.

A tripartição, se entendida como separação estanque e abstratamente delimitada de atuação das funções estatais, foi superada por uma noção de contenção do poder pelo poder de forma mais plástica e variável, a ser analisada no contexto normativo e de prática jurídico-política de cada Estado.⁷² Por essa linha de raciocínio, a prevalência deste ou daquele Poder estatal sobre os demais, bem como as formas de sua interação, não são gerais e universais. Outra não é a lição de Pontes de Miranda:⁷³

Os Poderes são, teoricamente, independentes e harmônicos. Não há, em princípio, predominância de qualquer deles. O exercício de cada um dos três é que pode fazer um deles preponderar, ou porque tal exercício seja demasiado, de modo que um dos Poderes passe a superar os outros, ou porque os outros não dão ao exercício a intensidade que seria normal.

As revoluções constitucionalistas, das quais a mais destacada é a Revolução Francesa, tinham por mote a desconfiança e a necessidade de contenção do Executivo, outrora encarnado na figura do soberano Rei, que tanto se buscava apagar da configuração do Estado. É na obra de Boris Mirkin-Guetzévitch⁷⁴ que se encontra um resumo apropriado sobre esse fenômeno: “Constata-se uma tradição própria a todas as Revoluções: elas desconfiam do Executivo; guardam uma lembrança dolorosa do antigo governo e para remediar o mal do passado, estabelecem a primazia do Legislativo.”

Por sua vez, no início do Século XX, a insuficiência da lei para a regulação das relações humanas já era aventada nos estudos jurídicos. Todavia, não era o Judiciário quem deveria fazer as vezes de coautor da normatização com

o Legislativo, e sim o Executivo. Em Portugal, Rogério Guilherme Ehrhardt Soares trabalha a questão da insuficiência da lei, da crise da lei, que havia perdido sua santidade. O legislador começou a reconhecer que “[...] a vida e as suas múltiplas colorações são demasiado ricas para caírem sem resto dentro dos artigos da lei, mesmo da mais minuciosamente elaborada”.⁷⁵ Rogério Soares não defendia, contudo, fique bem claro, a atuação do Executivo contra a lei. Não, não era essa a lição do professor português. A Administração deveria ser plenamente vinculada aos preceitos jurídicos. Essa vinculação protegeria os cidadãos de eventuais abusos.

Entretanto, maior poder decisório deveria ser outorgado, pelo legislador, à Administração,⁷⁶ a fim de que ela, em contato com o caso concreto, solucionasse a questão de maneira mais justa. Perder-se-ia em certeza, sacrificar-se-iam formalidades, mas se ganharia justiça e adequação substancial.⁷⁷ Não estaria mais a Administração vinculada à lei *stricto sensu*, mas ao Direito. A Administração atuaria sempre, segundo o Direito; limitada por ele, mas partícipe de sua criação, especialmente para os casos concretos, ao tempo de sua atuação. Ainda segundo Rogério Soares:⁷⁸ “O direito não é agora concebido como um limite externo à actividade da Administração, mas como a única forma possível de manifestação dessa actividade”.

Todavia, a lei perde, pelas circunstâncias acima apontadas, a sua primitiva dignidade, e agora deixa de se exigir uma lei em sentido formal como fundamento imediato dos atos administrativos.

Como podemos perceber, ao conceber uma atuação da Administração vinculada ao Direito, e não à lei formal, com poderes decisórios elásticos, Rogério Soares concedia à Administração uma forma de atuação muito aproximada daquela hoje concedida ao poder Judiciário.

4.1 A configuração institucional do Poder Judiciário no concerto entre as funções estatais brasileiras: uma análise normativo-concreta

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, desde o seu texto original, já garantia ao Judiciário papel de relevância inédita, com inovações que estabeleceram uma jurisdição constitucional ampla e de instrumentos variegados.⁷⁹ Foi assegurado, expressamente, ao Poder Judiciário o papel de órgão criador de normas, em casos de omissão, por meio das arrojadas figuras processuais da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção.

Em 1999, a jurisdição constitucional ganhou regulação ímpar em razão da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, e da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Nessas leis, refletindo algumas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, estão previstas a força vinculante das decisões tomadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, que foi referendada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, que alterou, no ponto, o artigo 103, § 2º, da Constituição da República. Outra novidade em relação à teoria clássica do controle de constitucionalidade é a possibilidade de modulação temporal

dos efeitos das decisões da Corte, fazendo derruir, de vez, a noção de ser a lei inconstitucional írrita desde sempre.⁸⁰

A mais recente figura da crescente fortificação da jurisdição constitucional é o instrumento da súmula vinculante, cujo teor é de seguimento obrigatório por todos os órgãos do poder estatal, independente de sua natureza ou esfera federativa.⁸¹

Poderes de tal dimensão devem ser exercidos com a prudência necessária, sob pena de um desvirtuamento de suas razões. Parece-nos claro que o reforço das funções do Supremo Tribunal Federal tem por *leitmotiv* a manutenção da força normativa da constituição. E é sob esse mote que deve ser exercido, não podendo tamanha força ser utilizada para o esmagamento de suas razões mesmas e para o paroxismo indevido da prevalência judicial.

4.2 O controle de constitucionalidade como limite ao intérprete judicial

Na presente conjuntura de fortificação institucional do Poder Judiciário e de novas metodologias interpretativas, a existência de uma constituição rígida e do consequente controle de constitucionalidade encerra em si uma limitação à liberdade interpretativa dos órgãos judiciais. Em verdade, a interpretação não pode, em última instância, ser calcada nas valorações pessoais ou nos princípios teoricamente presentes no sistema, na conformidade do entendimento do julgador. É do texto constitucional, ainda mesmo que de forma implícita, e do confronto entre ele (texto constitucional) e as demais normas aplicáveis, que devem ser extraídos os parâmetros de resolução das questões, nomeadamente quando o Judiciário decidir pela invalidade ou pela negação de aplicação de uma lei.

Dentro do ordenamento brasileiro, entendimentos de que o julgador, diante de uma regra e de um princípio, deve, em caso de contradição, negar a primeira para aplicar o segundo, devem ser contemporizados sob a ótica da jurisdição constitucional. E, se essa contemporização não for possível, o afastamento da regra foi laborado equivocadamente.

Afinal, diferentemente de considerações tecidas para um sistema sem Constituição ou para considerações de natureza exclusivamente teórica, o afastamento da aplicação de um dispositivo legal deve encerrar uma declaração de inconstitucionalidade, com todas as consequências procedimentais advindas desse requisito. Desde logo, anotamos o necessário respeito à cláusula de reserva de plenário, que encerra a ilicitude de composições parciais de um tribunal ao decidirem pela inconstitucionalidade de uma lei. Nos termos do artigo 97 da Constituição da República de 1988, apenas a maioria absoluta dos membros do tribunal (considerado em sua composição plenária) ou a maioria absoluta de seu órgão especial podem declarar a inconstitucionalidade.

São muitos os exemplos de Cortes que, fiadas em pautas interpretativas como a razoabilidade e a proporcionalidade, negam aplicação a determinado

dispositivo legal, sem que, para isso, utilizem da técnica necessária e adequada para tanto: o controle de constitucionalidade. Atuando assim, desde logo, as Cortes negam a organicidade do sistema positivado e sua referibilidade última ao Texto Constitucional. Além dessa imprecisão, pode-se reafirmar que tal conduta desrespeita a cláusula de reserva de plenário, uma vez que, como não há declaração expressa de inconstitucionalidade, apesar do afastamento de aplicabilidade normativa, os julgadores de órgãos fracionários não fazem a necessária remessa da decisão para o Pleno do Tribunal correspondente.

O desrespeito à cláusula de reserva de plenário pelos órgãos fracionários dos Tribunais brasileiros levou o Supremo Tribunal Federal, em razão de jurisprudência consolidada, a editar a Súmula Vinculante n. 10, publicada no D.O.U. de 27/06/2008, p. 1. Eis o teor do enunciado: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CRFB, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

A súmula tem duas funções, uma explícita e outra não tanto. A explícita é a demanda pelo respeito incondicional à cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade, ainda que não expressa. A segunda função é a de reconhecer que no ordenamento jurídico brasileiro o afastamento de vigência de lei ou ato normativo deve implicar a declaração de inconstitucionalidade.

No início do Século XX, Boris Mirkin-Guetzévitch concluía que a instituição do controle de constitucionalidade era um fenômeno de racionalização do poder. Em razão da insuficiência do princípio da legalidade para garantir as liberdades individuais, o controle de constitucionalidade serviria de garantia suplementar aos indivíduos, que ficariam, assim, protegidos não somente de eventuais abusos do Executivo, mas também do Legislativo.⁸²

Acrescente-se que, em razão da conjuntura institucional contemporânea de um Judiciário forte e com métodos interpretativos novos, o controle de constitucionalidade há de servir de racionalização de poder protetora dos indivíduos não só contra atos do Executivo e do Legislativo, mas também contra atos desse fortificado Judiciário, na medida em que o afastamento da aplicação da lei deve ser feito por meio do exercício formalizado do controle da constitucionalidade.

4.2.1 *Casuística: o Enunciado n.º 331 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a ADC n.º 16*

No ano de 2010, ocorreu um rico exemplo da função limitadora do controle de constitucionalidade: o caso da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do Enunciado n.º 331 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. A declaração ocorreu na sessão do Pleno do STF em 24 de novembro de 2010, e foi resultado do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 16, ajuizada pelo Distrito Federal.

Faz-se necessária a contextualização do caso sob destreame pelo STF. A Lei n.º 8.666/1993, que, visando a regulamentar o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, estabelece a responsabilidade do contratado pela Administração Pública para o pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, decorrentes da execução do contrato, afastando expressamente eventual responsabilidade dos entes públicos contratantes pelos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais eventualmente inadimplidos. Eis os termos do artigo 71, *caput*, e § 1º, da Lei n.º 8.666/93:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Apesar dos termos expressos da legislação acima invocada, a Justiça Trabalhista posicionou-se pela correspondente responsabilização dos órgãos e das entidades públicas, demandando tão somente a composição destes na relação processual em que os trabalhadores buscassem o ressarcimento dos valores não pagos pela empresa contratada e prestadora de serviços terceirizados à Administração Pública. Referido posicionamento tornou-se orientação jurisprudencial consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, cujos termos representativos constam do item IV do Enunciado n.º 331 da Súmula da Corte:

Enunciado 331/TST. [...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Observe-se que não houve, por parte do TST, a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93. A Corte Trabalhista apenas pontificou em sua jurisprudência sumulada que deveria, sim, ocorrer a responsabilização dos entes e órgãos públicos. Os juízes de Primeiro Grau e os Tribunais Regionais do Trabalho passaram a decidir em consonância com a orientação do TST. Em consonância e nela embasados. Não havia, portanto, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo contrário à jurisprudência. Os julgadores apenas se referiam ao enunciado como fundamento bastante de suas decisões.

Os Recursos de Revista interpostos contra tal posicionamento eram desprovidos pelo TST que, para tanto, também se limitava a fazer referência

ao Enunciado n.º 331. Mesmo quando era agitada a questão da necessidade de se respeitar o princípio da legalidade, bem como a ausência de declaração de inconstitucionalidade, a Corte Superior se limitava em reconhecer a superação do questionamento em razão do Enunciado, como se percebe deste trecho do voto do Ministro Ronaldo Leal, ao relatar o acórdão proferido no Recurso de Revista n.º TST-RR-625.213/2000.8, publicado no DJU de 05/10/2001:

Alega a segunda reclamada ser patente a violação do art. 97 da Carta política, pois o acórdão deixou de remeter o exame de inconstitucionalidade da lei em comento ao Plenário ou ao órgão Especial daquele colegiado.

Estando superada a discussão sobre a constitucionalidade ou não da Lei n.º 8.666/93, em face aos inúmeros processos julgados a respeito da matéria *sub judice*, não há falar em ofensa ao art. 97 da Lei maior pela ausência de remessa dos autos ao Plenário ou órgão Especial daquela corte.

Essas considerações foram apresentadas no discurso justificativo do Relator, a fim de afastar nulidade do acórdão recorrido, que, por sua vez, reconheceu a responsabilidade de ente da Administração Pública. No mérito, o Ministro Relator, que foi secundado à unanimidade por seus pares, invocou o Enunciado n.º 331 para manter o julgado recorrido. Consta, ainda, do voto que a orientação sumulada visa a evitar prejuízos ao empregado hipossuficiente, independentemente de quem seja o tomador de serviços.⁸³ Perceba-se que o posicionamento do TST acabava por subtrair a possibilidade de discussão da matéria na via de jurisdição extraordinária, uma vez que, por não ter declarado expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo, a questão constitucional de negação de vigência de lei seria uma ofensa reflexa à Constituição Federal ou uma discussão de ordem infraconstitucional, por descumprimento do princípio da legalidade.

Ofensas reflexas, conforme iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁸⁴ não dão ensejo ao conhecimento de recurso extraordinário. Aliás, válido anotar que o não conhecimento dos recursos extraordinários pelo Supremo foi responsável pela longevidade da orientação sumular do TST⁸⁵.

Enfim, no ano de 2010, conforme anunciado no início deste tópico, a questão foi analisada pelo Supremo Tribunal em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade. A Corte, fazendo expressa menção à Súmula vinculante n.º 10, julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade ajuizada pelo Governador do Distrito Federal, a fim de reconhecer e declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93. Ato contínuo, o Plenário do STF deu provimento a dois agravos que tratavam da mesma matéria, a fim de reconhecer que o TST negara indevidamente vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.⁸⁶

CONCLUSÃO: A IMPORTÂNCIA DA LEI

Percebe-se uma resistência do intérprete/aplicador, seja ele acadêmico, seja ele órgão jurisdicional, ao acatamento das escolhas legislativas. Quando se depara com essas situações, vêm à mente São Paulo e Carlos Drummond de Andrade. Para São Paulo: a letra mata, mas o Espírito vivifica.⁸⁷ Para Carlos Drummond: as leis não bastam/os lírios não nascem das leis .⁸⁸

Mas as citações requerem contextualização. Nenhum deles se manifestou em conjuntura sequer aproximada do estágio democrático em se que vive hodiernamente. Paulo se encontrava sob o jugo de uma miríade de leis judaicas que eram contrárias aos gentios. Carregava Paulo o facho revolucionário de se insurgir contra o regime e estabelecer uma nova visão religiosa e de mundo. Por sua vez, Drummond escrevia já no século XX, mas em um Estado totalitário. A lei, para eles, era a opressão. Para a democracia, a lei pode e deve significar o tratamento igual, a liberdade. Ela é fruto do trabalho de órgãos representativos do povo, e pelo povo escolhidos.

Decerto que ao intérprete não se pode negar a atualização e o melhoramento da norma legislada, mesmo se isso implicar o uso de um poder criativo, quase-legislativo. Todavia, não se pode esquecer de que a prevalência interpretativista não pode se transformar em um desapego às escolhas indiretas do Povo. A democracia, o respeito às escolhas dos representantes do povo, deve desempenhar papel fundamental na construção normativa. A abertura dos textos legais, a principalização do Direito, e o reconhecimento definitivo da função interpretativa na construção das normas não podem conduzir à supressão do papel do Parlamento.

Por mais fortes que sejam os princípios e a plasticidade do Direito contemporâneo, ainda há espaço para a legislação com escolhas cerradas. Especialmente em um regime democrático, o papel do legislador e suas escolhas, abertas ou não, devem ser levadas a sério. É a lei, ainda, “a norma jurídica por excelência nos sistemas legislativos.”⁸⁹ Deveras que não se está a pretender limitar o Direito à lei ou a negar a ascendência dos princípios constitucionais e da Constituição em termos de valor e hierarquia normativa. A questão não é esta.

As leis devem ser respeitadas, se não forem avessas ao texto constitucional. Não há, por isso, qualquer amesquinamento do papel exercitado pelo intérprete/aplicador. Afinal, não só a ele é destinado o achamento de lírios. Os lírios também podem nascer das leis, se for o caso de lírios.

Não se perca de vista que, assim como o Direito não é apenas composto por leis, também não pode ser reduzido a formulações somente adensadas pelo Judiciário, sob pena de se confundir Direito com Direito Judicial.⁹⁰ Os membros da comunidade jurídica, seja em sua esfera teórica, seja em sua esfera de atuação prática, não podem trafegar do extremo do império cego da lei para a arbitrariedade dos intérpretes, não podem se inebriar pelo capitoso vinho das teorias ricas e vigorosas produzidas pelas escolas do neoconstitucionalismo, da nova hermenêutica e da principalização do Direito. O facho de luz emanado dessas

construções jurídico-políticas deve iluminar as veredas, mas sem promover a diminuição da visão. Depois da força explosiva das teorias hoje consolidadas, vem agora o pachorrento trabalho de, iluminados os caminhos, identificar as sinuosidades e depressões do percurso.⁹¹

Acredita-se ser hora de lembrar que nem tudo se faz com princípios. Nem tudo deve ser exclusivo ao intérprete-julgador. Isso, claro, sem negar o papel relevantíssimo, sobranceiro até, que essas construções detêm. Não é este trabalho um clamor pelo fim. Não busca ser um trabalho de extremos. Apresentamos provocações em busca de adequações ao que entendemos ser demasiado. Não negamos a totalidade, e sim os eventuais exageros.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: Kluwer 2010.
- _____. Las Reglas en serio. In: AARNIO, Aulis et alii. *La normatividad del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 17-36.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARAK, Aharon. Hermeneutics and Constitutional Interpretation. In: ROSENFELD, Michel. *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*. London: Duke University Press, 1994.
- _____. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARTHES, Roland. *A Aula*. 8. ed. São Paulo: Cultrix 1996.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema constitucional aberto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BETTI, Emilio. In: JANNINI, Karina (Trad.). *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CALMON, Eliana. O princípio da proporcionalidade aplicado às resoluções dos conflitos com a Administração Pública, de 15 de junho de 2004 **STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001114/O%20Princípio%20da%20Proporcionalidade%20Aplicado%20às%20Resoluções%20dos%20Conflitos%20com%20a%20Administração%20Pública.doc>. Acesso em: 5 mai. 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. (Org.) **Constituição da República Portuguesa: Lei do Tribunal Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nella società contemporanea. **Revista de Processo**, v. 17, n. 68, p. 47-54, out/dez 1992.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho e lenguaje.** Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994.

CARROL, Alice. In: BORGES, Maria Luiza X. de A. (Trad.). **Aventuras de Alice no país das maravilhas & Através do espelho e o que Alice encontrou por lá.** Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CUESTA, Rafael Entrena. **Curso de Derecho Administrativo.** 4. ed. Madrid: Tecnos, 1974.

CUNHA, João Paulo. Notas taquigráficas de discurso proferido em 23/5/2007. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: < [DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** Cambridge: Havard University Press, 1986.](http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/resultadoPesquisaDiscursos.asp?txOrador=joao+paulo+cunha&txPartido=pt&txUF=&dtInicio=22%2F05%2F2007&dtFim=23%2F05%2F2007&txTexto=&txSumario=&basePesq=plenario&CampoOrdenacao=dtSessao&PageSize=50&TipoOrdenacao=DESC&btnPesq=Pesquisar#>. Acesso em: 11 out. 2010</p></div><div data-bbox=)

_____. **Taking Rights Seriously.** Cambridge: Havard University Press, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e Método.** Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, v. 1.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GLEISER. **Criação imperfeita.** São Paulo: Record, 2010.

GRAMSCI, Antonio. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Int. e Trad.). **Cadernos do cárcere**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, v. 1.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRKINE-GUETZÈVITCH. In: HAGE, Jaap C. (Trad.). **Evolução constitucional européia (ensaio sintético). Reasoning with rules: an essay on Legal Reasoning and its underlying logic**. Dordrecht: Luwer Academics, 2010.

HALL, Kermit L. **The Oxford guide to United States Supreme Court decisions**. New York: Oxford, 1999.

HEISENBERG, Werner. **Physics and Philosophy: The Revolution in Modern Science**. New York: HarperCollins, 2007.

HESSE, Konrad. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira & COELHO, Inocêncio Mártires (Trad.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. In: MACHADO, João Baptista (Trad.). **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACERDA, Galeno. **O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la lute contre las législation sociale aux États-Unis**. Paris: Marcel Giard, 1921.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de Derecho Administrativo**. Montevideo: 1963, v. 1.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et al. **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MIRANDA, Pontes de. Independência e harmonia entre os Poderes. **Revista de Direito Público**, v. 5, n. 20, p. 9-24 abr.-jun. 1972.

MIRKINE-GUETZÈVITCH, B. **Les Nouvelles tendances du Droit Constitutionnel**. Paris: Marcel Giard, 1931.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita? Afastamento da presunção de Constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 1998.

MÜLLER, Friedrich. In: NAUMANN, Peter (Trad.). **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O Novo Paradigma do Direito**: Introdução à teoria metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. In: NAUMANN, Peter; SOUZA, Eurides Avance de (Trad.). **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAVA, Pedro. **Baú de Ossos**: Memórias. 6. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio Constitucional**: Um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PLANCK, Max. *¿Adonde va la ciencia?* 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y Pas derechos fundamentales*. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **A revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. London: Yale University Press, 2006.

_____. *The Myth of Judicial Activism*. New Haven: Yale University Press, 2005.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. In: *Obra Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1988, p.141-202, v. 2.

_____. **Romeu e Julieta**. In: SHAKESPEARE, William. *Obra completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1988, v. 1.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 23-50.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse Público, Legalidade e Mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955.

SOUSA, António Francisco. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 1, n. 2, p. 9-40, jul./dez. 2003.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Que é uma teoria jurídico-científica? In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; SALES, Lilia Maia de Moraes (org). **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento: Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. In: MURA, Susana Elena Dalle (Trad.). **Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

-
- 1 Discursos dos deputados federais Genofino Guimarães Neto e João Paulo Cunha, proferidos, respectivamente, em 7 de dezembro de 2009 e 23 de maio de 2007. As duas manifestações se mostram contrárias à interferência do Judiciário na atuação do Parlamento. (OLIVEIRA, 2009; CUNHA, 2007)
 - 2 Menção expressa ao ativismo foi feita no acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 650.728, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 02/12/2009. Conforme ementa do acórdão, a Corte se mostrou avessa ao ativismo, por considerá-lo desnecessário no ordenamento brasileiro, que vive sob a prevalência da lei. Eis os termos do julgado: “No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador”.
 - 3 Além de diversos artigos e textos avulsos, o mercado editorial jurídico-brasileiro fez publicar no ano de 2010 duas obras de fôlego sobre o tema do ativismo judicial. São elas: a obra de Saul Tourinho Leal, fruto de curso de mestrado sob orientação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, intitulada: “Ativismo ou Altivez?”; e a obra de autoria de Elival Silva Ramos, fruto do concurso o cargo de professor da Universidade de São Paulo, intitulada “Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos”.
 - 4 O esboço histórico do surgimento da expressão se encontra em LEAL (2010, p. 23 e ss).
 - 5 Ao longo deste trabalho, serão utilizados contenção e autoconção de maneira intercambiável para significar *self-restraint*.
 - 6 “Governo dos Juízes”, no original “*Gouvernement des Juges*”, o título do livro de Edouard Lambert, em que são analisadas as declarações de inconstitucionalidade levadas a efeito pela Suprema Corte para barrar os avanços sociais assegurados pelo Legislativo estadunidense, o que era feito pela utilização do devido processo legal substancial. (LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la legislation sociale aux États-Unis**. Paris: Marcel Giard, 1921.).

- 7 Vital Moreira, 2005, p. 197.
- 8 MOREIRA, 1995, p. 194.
- 9 ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions.** London: Yale University Press, 2006, p. 39.
- 10 Essas questões particulares envolvem, em regra, direito de classes historicamente desprotegidas como mulheres e homossexuais. No caso das mulheres, talvez a decisão da Suprema Corte mais comentada de todos os tempos seja o caso *Roe versus Wade*, em que ficou assegurado o direito ao aborto. (ROOSEVELT, III, **The Myth of Judicial Activism.** New Haven: Yale University Press, 2005, p. 91-132).
- 11 “Nenhum setor do Estado é mais importante do que nossos tribunais e nenhum deles é tão mal compreendido pelos governados”. No original: “*No department of state is more important than our courts, and none is so thoroughly misunderstood by the governed*”. (DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire.** Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 11)
- 12 DWORKIN, 1986, op. cit., p. 356.
- 13 “*The United States is a more just society than it would have been had its constitutional rights been left to the conscience of majoritarian institutions*”. (DWORKIN, 1986, op. cit., p. 356)
- 14 Levando os direitos a sério.
- 15 DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 137.
- 16 *Ibid.*, p. 138.
- 17 DWORKIN, 1977, op. cit., p. 140. No original: “[...] *if men have no rights against the majority, if political decision is simply a matter of whose preferences shall prevail, then democracy does provide a good reason for leaving that decision to more democratic institutions than courts, even when these institutions make choices that judges themselves hate*”.
- 18 Império do Direito.
- 19 DWORKIN, 1986, op. cit., p. 369-379.
- 20 Em sua escrita peculiar, preenche de expressões irreverentes, Ronald Dworkin, 1986, op. cit., p. 378, chega a chamar o ativismo de bicho-papão (no original: *boogeyman*) das teorias passivistas.
- 21 DWORKIN, 1986 op. cit., p. 378.
- 22 No original: “[...] *the rigid idea that judges must defer to elected officials, no matter what part of constitutional scheme, is in question*” (DWORKIN, 1986, op. cit., p. 398).
- 23 DWORKIN, 1986, op. cit., p. 398.
- 24 Para conferir os julgados mencionados, remete-se para o compêndio da Oxford University Press: HALL, Kermit L. **The Oxford guide to United States Supreme Court decisions.** New York: Oxford, 1999, p. 34-36 e 161-163.
- 25 Rodolfo Luis Vigo amalgama o protagonismo judicial aos novos métodos interpretativos. Segundo Vigo (VIGO, Rodolfo Luis. In: MURA, Susana Elena Dalle (Trad.). **Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005): “[...] a distância que se comprova entre aquela definição de Montesquieu, dos juízes como seres autômatos e inanimados, e o presente ativismo judicial marca também a distância entre a teoria da interpretação do modelo dogmático e as linhas predominantes da atual teoria da interpretação jurídica.”
- 26 No Brasil, Jane Reis Gonçalves Pereira, em sua obra sobre interpretação constitucional, fruto de seu doutoramento pela UERJ, faz expressão menção ao princípio da incerteza de Heisenberg. Conferir PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28.
- 27 A ideia de ciência por excelência de Antonio Gramsci, que a desenvolve nos seguintes termos: “O equívoco em torno dos termos ‘ciência’ e ‘científico’ nasceu do fato de que eles assumiram seu significado a partir de um fruto determinado de ciências, precisamente das ciências naturais e físicas. Chamou-se de científico todo método que fosse análogo ao método de pesquisa e de exame das ciências naturais, transformadas em ciências por excelências, as ciências-fetiches. Não existem ciências por excelência e não existe um método por excelência, ‘um método em si’. Toda pesquisa científica cria para si um método adequado, uma lógica própria cuja generalidade e universalidade consiste apenas em ser ‘conforme ao fim’” (GRAMSCI, Antonio. In: COUTINHO, Carlos Nelson (Int. e Trad.). **Cadernos do cárcere.** 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, v. 1, p. 234-235).
- 28 Classificar como ciência um estudo baseando-se no objeto é errado: “a cientificidade não advém jamais de qualidade intrínseca do objeto” (VASCONCELOS, Arnaldo. *Que é uma teoria jurídica-científica?* In: LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto; SALES, Lília Maia de Moraes(org). **Constituição, demo-**

- cracia, poder judiciário e desenvolvimento:** Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 89). Isso porque “[...] a ciência não em domínio próprio que lhe seja exclusivo. Desse modo, não existem, como até há pouco tempo se acreditou, objetos que por natureza sejam científicos e outros, não científicos. Já não há, pois, como colocar-se a indagação acerca da cientificidade do Direito, ou da Psicologia, ou da Religião etc. Tudo, tudo mesmo, sem exceção, pode ser estudado cientificamente” (VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44).
- 29 Percebe-se, portanto, o caráter coletivo das construções científico-teóricas, como observa Arnaldo Vasconcelos (2008, op. cit., p. 85): “O pensamento é processo, não se conclui nunca. Um pensador sempre está continuando outro, independentemente de ter a consciência disso e da própria imediatidade do fato. Tudo se passa ao modo da imagem do atirador de flechas, de Nietzsche: um lança a haste, como no vazio, e outro a recolhe para, depois, arremessá-la na mesma ou em outra direção. Por conseguinte, toda teoria, em cada momento de sua existência, é obra coletiva [...]”.
- 30 Vencedor do prêmio Nobel de Física do ano de 1918.
- 31 Vencedor do prêmio Nobel de Física do ano de 1921.
- 32 Vencedor do prêmio Nobel de Física do ano de 1922.
- 33 Vencedor do prêmio Nobel de Física do ano de 1932.
- 34 A contribuição de Niels Bohr é mais conhecida. Sobre a contribuição de Max Planck e de Albert Einstein, conferir o discurso de Werner Heisenberg ao receber o prêmio Nobel (HEISENBERG, Werner. **Physics and Philosophy: The Revolution in Modern Science**. New York: HarperCollins, 2007, p. 183).
- 35 Título usado pelo próprio Heisenberg para identificar a teoria, conforme artigo do mesmo nome, livremente traduzido. No original: “*The Copenhagen Interpretation of Quantum Theory*” (HEISENBERG, op. cit., p. 18).
- 36 HEISENBERG, op. cit., p. 19.
- 37 *Ibid.*, p. 26.
- 38 Livre tradução para “Es real el mundo externo?” (PLANCK, Max. **¿Adonde va la ciencia?** 2. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1944, p. 69).
- 39 No original: “*Hasta ahora el principio de la causalidad era universalmente aceptado como un postulado indispensable de la investigación científica, pero ahora algunos físicos nos dicen que debe ser lanzado por la borda. El hecho de tan extraordinaria opinión pueda ser expresada en círculos científicos responsables es ya bien significativo de que por todas partes cunde la desconfianza en el conocimiento humano*” (PLANCK, op. cit., p. 71)
- 40 HEISENBERG, Werner. **Physics and Philosophy: The Revolution in Modern Science**. New York: HarperCollins, 2007, p. 29.
- 41 Vencedor do prêmio Nobel de Química do ano de 1977. Ilya Prigogine 1996, p. 1999.
- 42 GLEISER, op. cit., p. 96.
- 43 PRIGOGINE, op. cit., p. 199.
- 44 No original: “*I am a judge. For me, a constitution is an operational document. I decide cases by extracting meaning from its text. The process of extracting meaning from the text of the constitution, as with any document, is the process of interpretation, and so the question presented to me is: How do you interpret a constitution? It is not an answer to say “Words have no meaning; do whatever you think politically expedient.” Words do have meaning. A cigarette is not an elephant. I am a judge, not a politician.*” (BARAK, Aharon. **Hermeneutics and Constitutional Interpretation**. In: ROSENFELD, Michel. **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**. London: Duke University Press, 1994, p. 253).
- 45 ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 44.
- 46 HESSE, Konrad. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (Trad.). **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117. Referência colhida no texto intitulado “A interpretação constitucional”, traduzida por Inocêncio Mártires Coelho. Mas o texto da norma como limite da interpretação se encontra em diversas passagens da obra de Konrad Hesse, sendo uma das características de sua doutrina. Por exemplo, a mesma ideia pode ser encontrada em seu livro “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha”, traduzido por Afonso Heck. (HESSE, 1995, p. 69).
- 47 AARNIO, Aulis. **The Rational as Reasonable**. Dordrecht: Kluwer 2010, p. 1, denomina os casos fáceis de casos rotineiros. O autor considera que em tais casos, que ele exemplifica, dentre outros, com a aplicação de multa por excesso de velocidade imposta a motorista por policial de trânsito, são repetitivos e de solução mecânica. Considera, com razão, que sem tal sorte de casos a vida em sociedade seria impossível.
- 48 Nesse sentido, dentre outros, é a lição de CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho e lenguaje**. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1994, p. 61, para quem: “Falar em todos esses casos da função criadora dos juízes

- ou intérpretes é, sem dúvida, abusar da linguagem e fonte grave de confusões, tão grave como falar de mera aplicação nas hipóteses de decisão genuína de casos difíceis e duvidosos”. No original: “*Hablar en todos estos casos de la función ‘creadora’ de los jueces o intérpretes es, sin duda, abuso de lenguaje y grave fuente de confusiones, tan grave como hablar de ‘mera aplicación’ en los supuestos de genuína decisión de casos difíciles o dudosos.*”
- 49 SHAKESPEARE, William. **Medida por medida**. In: Obra Completa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1988, p.141-202, v. 2, p. 485-486.
- 50 CARROL, op. cit., p. 245.
- 51 A força normativa é da Constituição, e não das Cortes Constitucionais.
- 52 Mais uma vez, o mote é colhido em Shakespeare, na peça “Medida por Medida”, ato segundo, cena II. A personagem Isabel implora, em vão, para a personagem Ângelo, delegado do Duque Vicêncio, pela vida de seu irmão Cláudio, que, condenado por Ângelo, seria mandado, em breve, ao encontro com um verdugo. Após ingentes esforços para evitar a morte do irmão, não tendo Ângelo acatado a defesa, Isabel conclui: “Assim, serei o primeiro que pronuncia tal sentença e o primeiro que a sofrerá. Oh! É admirável ter a força de um gigante, mas é tirânico servir-se dela como um gigante” (SHAKESPEARE, 1988, op. cit., p. 159).
- 53 Sobre a importância de Gadamer para a hermenêutica jurídica, conferir Betti (2007, CXXVII), em que se lê, após a enumeração de relevantes autores que escreveram sobre hermenêutica, dentre os quais Edmund Husserl e Nicolai Hartmann: “Sobretudo o livro recente de Hans Georg Gadamer, tão rico de estímulos, entendido como um estudo de hermenêutica filosófica, deve ser avaliado como sinal eloquente da vibrante atualidade de uma teoria geral da hermenêutica”. No Brasil, reconhecem a importância e trabalham a obra de Gadamer, dentre outros: GRAU (2009); STRECK (2003); PEREIRA (2006); e BELLO FILHO (2003).
- 54 GADAMER, Hans-Georg. In: MEURER, Flávio Paulo (Trad.). **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, v. 1, p. 358.
- 55 OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 230, afirma que a preocupação fundamental de Gadamer é a superação da filosofia da subjetividade, o rompimento do ideal moderno da onipotência da reflexão e o enraizamento da compreensão na coisa, em vez de no sujeito.
- 56 GADAMER, op. cit., p. 432-433.
- 57 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 498.
- 58 MÜLLER, Friedrich, **O Novo Paradigma do Direito: Introdução à teoria metódica estruturantes**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205.
- 59 *Ibid.*, p. 205.
- 60 *Ibid.*, p. 203.
- 61 MÜLLER, Friedrich. In: NAUMANN, Peter (Trad.). **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41.
- 62 A iniciativa do golpe militar foi tomada pelo General Mourão Filho, então obscuro comandante de tropas aquarteladas em Juiz de Fora, Minas Gerais. A possibilidade de golpe era reconhecida. Aliás, temia-se não só um golpe contra o Presidente, mas também um golpe dado pelo Presidente. Seja como for, o golpe foi deflagrado pelo levante do desconhecido General Mourão. Sobre o assunto, com fartas referências bibliográficas e documentais: GASPARI, 2009. Para Elio Gaspari (GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 57), Mourão foi motivado pela proximidade da aposentadoria: “Mourão estava a um passo da compulsória, com poucos meses de serviço ativo, estava a um passo de ser metido em um pijama”. Ainda sobre o momento da queda de Jango, sugere-se leitura de SILVEIRA (2004), inteligente e mui bem urdido texto de natureza jornalística.
- 63 MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita? Afastamento da presunção de Constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 1998, p. 86-87.
- 64 Sergio Moro é juiz federal, cargo que ocupava já ao tempo da publicação invocada. As hipóteses a que faz alusão no fragmento transcrito são: leis que estabeleçam distinções injustificadas em detrimento das minorias; outorguem tratamento diferenciado e favorável a categorias influentes; compressoras de direitos sociais; e restritivas de direitos fundamentais, especialmente liberdade de expressão e acesso à informação. O subtítulo do trabalho de Sergio Moro (op. cit., p. 71-84) é: “Afastamento da presunção de constitucionalidade”.
- 65 No original: “*Rules of law are often the result of a legislative decision making process, in which a number of reasons, based on policies, goals, values, interests, principles, etc. are weighed to achieve a balanced result. In many of the cases to which these rules of law can be applied, the underlying goals, principles, etc. would also be relevant for the legal consequences of the case, had their application not be excluded by the applicability of the legal rule. The reasons generated by the rule replace the reasons generated by the goals and principles that underlie that rule. The role of the goals and principles was confined to*

- their influence on the drafting of the rule. That is why I called the reasons, generated by a rule, replacing reasons. Similarly, the legal rule can be said to replace its underlying goals and principles*". (HAGE, op. cit., p. 170-171).
- 66 AARNIO, op. cit., p. 33.
- 67 REALE, Miguel. **A revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 21.
- 68 Na doutrina estrangeira, colha-se o exemplo de Entrena Cuesta, para quem também, o respeito à legalidade é o respeito ao ordenamento como um todo. Ao utilizar-se do termo "lei", o autor faz questão de demarcar que está a se referir ao conceito em seu sentido mais amplo possível (CUESTA, Rafael Entrena. Curso de Derecho Administrativo. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1974, p. 117).
- 69 MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 23.
- 70 CALMON, Eliana. O princípio da proporcionalidade aplicado às resoluções dos conflitos com a Administração Pública, de 15 de junho de 2004 **STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001114/O%20Princípio%20da%20Proporcionalidade%20Aplicado%20às%20Resoluções%20dos%20Conflitos%20com%20a%20Administração%20Pública.doc>. Acesso em: 5 mai. 2009, p. 8.
- 71 Raciocínio semelhante se colhe do magistério de Germana de Oliveira de Moraes (1999, p. 130) sobre o controle dos atos administrativos, sob o color do princípio da proporcionalidade: "A rigor, no Direito Brasileiro, o controle jurisdicional dos atos administrativos, à luz do princípio da proporcionalidade, corresponde, em última análise, a um controle desconcentrado de constitucionalidade das leis."
- 72 Nesse sentido, Nuno Piçarra (PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio Constitucional**: Um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 264) que afirma ter ido à falência a tripartição dos poderes como separação universal e intemporal. Essa classificação levou a doutrina a desinteressar-se pelo tema da separação de poderes. Para Piçarra, a evolução dos estudos da matéria deve atrair a transição entre um "método abstracto-dedutivo" para um "método normativo-concreto."
- 73 MIRANDA, Pontes de. Independência e harmonia entre os Poderes. **Revista de Direito Público**, v. 5, n. 20, p. 9-24 abr.-jun. 1972, p. 10.
- 74 GUETZÉVITCH, Mirkine. In: HAGE, Jaap C. (Trad.). **Evolução constitucional europeia (ensaio sintético)**. Reasoning with rules: an essay on Legal Reasoning and its underlying logic, Dordrecht: Luwer Academics, 2010, p. 45.
- 75 SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse Público, Legalidade e Mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955, p. 79.
- 76 *Ibid.*, p. 83.
- 77 *Ibid.*, p. 82.
- 78 *Ibid.*, p. 83.
- 79 Mauro Cappelletti considera o sistema de controle constitucional brasileiro extremamente elaborado. Para o autor italiano, a Constituição de 1988 insere o Brasil, sob muitos aspectos, na vanguarda da tendência do constitucionalismo moderno (CAPELLETTI, Mauro. Costituzionalismo moderno e ruolo del potere giudiziario nella società contemporanea. **Revista de Processo**, v. 17, n. 68, p. 47-54, out/dez 1992).
- 80 O conceito norte-americano de lei inconstitucional frita desde sempre estava a perder força, mesmo antes da legislação mencionada. Essa visão se afasta do paradigma clássico estadunidense e se aproxima da visão kelseniana sobre a norma inconstitucional, uma vez que, para Hans Kelsen (2000, p. 304), a lei inconstitucional não é nula, mas anulável.
- 81 Barreto Lima et alli (LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto et al. **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.) dividem na inédita figura da súmula vinculante a concessão ao Supremo Tribunal Federal do exercício de poder normativo nos moldes daquele exercitado pelo poder constituinte originário. Para estudo específico sobre o tema da súmula vinculante: conferir Rocha (2009).
- 82 MIRKINE-GUETZÉVITCH, op. cit., p. 34-35.
- 83 No mesmo sentido, decidindo nos termos do Enunciado 331 e afastando o argumento de negação de vigência ao artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, bem como afastando a necessidade de declaração de inconstitucionalidade e respeito à cláusula de reserva de plenário, citem-se estes julgados: TST-AIRR-565/2003-012-21-40.8, 7ª Turma, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, DJU de 13/06/2008; TST-ED-AIRR-69800/2002-900-03-00.2, 6ª Turma, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJU de 30/06/2006; e TST-AIRR-1103/2001-018-04-41.0, 1ª Turma, Relator Vieira de Mello Filho, DJU de 07/12/2006.
- 84 Referido posicionamento encontra-se plasmado no Enunciado n.º 636 da Súmula de Jurisprudência do

- Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte teor: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.
- 85 Para exemplificar o não conhecimento de recursos extraordinários ajuizados contrariamente a decisões do TST que adotaram o Enunciado n.º 331, cite-se, dentre muitos: RE n.º 403.696 - AgRg, Primeira Turma, Relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe de 05/02/2009.
- 86 A decisão do julgamento foi publicada no DJe de 06/12/2010. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 22 dez. 2012. Importante também a leitura da petição inicial da ADC n.º 16, uma vez que a decisão do STF foi pela procedência do pedido. A petição se encontra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>>. Acesso em: 25 nov. 2010.
- 87 Trecho da “Segunda Epístola aos Coríntios”, de São Paulo (II Coríntios 3,6).
- 88 Fragmento do poema “Nosso Tempo”, publicado originalmente no livro “A Rosa do Povo” (ANDRADE, 2002, p. 125).
- 89 VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200
- 90 Segundo Arnaldo Vasconcelos (VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57): “Com a redução do Direito Judicial, ou seja, a um juízo de probabilidade, elimina-se automaticamente o fator segurança, que constitui um dos atributos básicos do Direito Positivo. Seu conceito só será possível *a posteriori*. Não se poderá dizer que há ou haverá Direito, mas apenas que houve”.
- 91 Este parágrafo é francamente inspirado nas observações de Max Planck sobre o progresso da Física. Eis o texto inspirador: “[...] *el progreso de la ciencia física no siga una curva regular en su desarrollo. La curva del progreso científico sigue más bien un trazado en zig-zag. Puede decirse que el movimiento de avance es de tipo explosivo, y el retroceso subsiguiente es una característica de él. Toda hipótesis que al ser aplicada lanza un rayo de luz sobre un nuevo campo de la ciencia física representa precipitarse en la oscuridad [...]*”. (PLANCK, op. cit., p. 97).

JUDICIAL ACTIVISM AND THE IMPORTANCE OF THE LAW

ABSTRACT

This is a work about the state of the art of developing the judicial functions, regarding its outstanding role in society and in concert between the State powers. It will treat judicial activism and what it can enable: I) the new methods of juridical interpretation, especially those that seem to ensure the interpreter a prevailing role on the functions exercised by the legislator; II) constitutional principles as a new paradigm that guarantees the normative force of principles; and III) the Judiciary as a controller of executive and legislative acts, having increasingly bold procedural tools at its disposal to exercise such task.

Keywords: Activism. Separation of Powers. Interpretative Methods. Constitutional Principles.