

NEOCONSTITUCIONALISMO: O ALICERCE DO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

NEOCONSTITUTIONALISM: THE FOUNDATION OF THE BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM

Têmis Limberger*
Alexandre de Castro Nogueira**

RESUMO: O estudo proposto tem como base a atuação jurisdicional das Cortes pátrias quando adotam posições que vão de encontro a legislação vigente e até mesmo ao texto Constitucional, fazendo uso de premissas da doutrina neoconstitucionalista, que trata sobre aplicação concreta da Constituição Federal, visando demonstrar ser o uso desses parâmetros uma base, ou alicerce, para decisões judiciais de cunho ativista e, especificamente, apontar os efeitos dos julgamentos desta natureza. A insegurança causada pelos julgados que adotam as práticas trabalhadas nesta doutrina, de forma a negar o que está na Lei e na Constituição, justificam a relevância da pesquisa, que enfrenta esses problemas ao lume da Hermenêutica Jurídica Contemporânea. O método de pesquisa foi o levantamento bibliográfico e o estudo de decisões judiciais, com destaque em decisões de cunho constitucional eleitoral recentes. Assim, se objetiva, de maneira geral, deixar claro que nesses casos há um equívoco do Poder Judiciário na forma de interpretar e decidir, e, especificamente, se aponta as decisões dos Tribunais Eleitorais alcançam se perfazem como um instrumento do ativismo judicial, alicerçado pela dita doutrina neoconstitucional.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Discrecionariedade.

ABSTRACT: The proposed study is based on the jurisdictional action of the Courts when adopting positions that go against the current legislation and even the Constitutional text, making use of premises of the neoconstitutional doctrine, which deals with the concrete application of the Federal Constitution, in order to demonstrate the use of these parameters as a

* Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona. Mestra e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. São Leopoldo – Rio Grande do Sul – Brasil.

** Doutorando em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito Público pela Unisinos. Procurador da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Advogado. São Leopoldo – Rio Grande do Sul – Brasil.

basis or foundation for judicial decisions of activist nature, and specifically to point out the effects of the judgments of this nature. The insecurity caused by the *res judicata* that adopt the practices worked in this doctrine, denying what is in the Law and in the Constitution, justify the relevance of the research, which faces these problems in the light of Contemporary Juridical Hermeneutics. The research method was the bibliographic survey and the study of judicial decisions, with emphasis on TSE and STF. Thus, in general, the objective is to make it clear that in these cases there is a misconception of the Judiciary in the form of interpreting and deciding, and it specifically points out that the decisions of the Electoral Courts reach out as an instrument of judicial activism, which is strengthened by the Neoconstitutional doctrine.

Keywords: Neoconstitutionalism. Judicial activism. Discretionary.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O PROTAGONISMO JUDICIAL E A EQUIVOCADA RECEPÇÃO DAS TEORIAS ARGUMENTATIVAS; 3 O ATIVISMO EM PRÁTICA NAS CORTES SUPERIORES E O ALICERCE NEOCONSTITUCIONAL: O CASO DA TENTATIVA DE REDISTRIBUIÇÃO DE VAGAS DE DEPUTADO FEDERAL FEITA PELO TSE E BARRADA PELO STF (ADIS 4947, 4963, 4965, 5020, 5028, 5130 E ADC 33); 4 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO; 5 O ALICERCE TEÓRICO E PRAGMÁTICO DO ATIVISMO JUDICIAL: UM NEOCONSTITUCIONALISMO QUE FERRE AS PREMISSAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo estuda o uso de premissas defendidas pela Teoria Neoconstitucionalista em decisões judiciais no Brasil e seus efeitos na atuação jurisdicional das Cortes em que se identificam essas situações, mas faz isso a partir do prisma da Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Essa doutrina influencia a jurisprudência nacional, de maneira que se perfaz como verdadeiro alicerce do ativismo judicial identificado no Brasil, tornando-se um problema que afeta o próprio Estado Democrático de Direito, conforme demonstram os casos a serem analisados no decorrer deste trabalho.

O protagonismo judicial ascendente nos últimos anos do século passado nas terras de Santa Cruz, em decorrência da nova ordem constitucional, que exigiu a adoção de novas teorias jurídicas, não satisfazendo mais o uso de uma Teoria Geral do Direito baseado no direito civil e romano.

O neoconstitucionalismo, que busca, em suma, reforçar a aplicação das normas constitucionais, numa verdadeira concretização direta de seus dispositivos, surge, então, na atual quadra histórica, como uma saída ou uma porta de entrada para uma espécie de novo direito constitucional, e essa novidade causa sérios riscos ao sistema jurídico nacional.

Então, partindo da premissa de que essas inovações que chegam a negar o que está escrito nas leis e até na Constituição Federal, levando a julgamentos em desconformidade com o texto máximo do nosso ordenamento jurídico, seria possível a adoção de medidas, por meio do uso da Hermenêutica Filosófica, acrescida da Crítica Hermenêutica do Direito, por parte dos intérpretes/julgadores, a fim de viabilizar respostas jurisdicionais mais adequadas à Constituição Federal? Identifica-se, por meio deste estudo, a necessidade de se buscar respostas judiciais mais adequadas à Constituição Federal.

No entanto se percebe a dificuldade que é vivida no país para se chegar a isso, ao mesmo tempo que se nota a importância deste tema, pois há uma ausência de base filosófica, um esquecimento, uma não observância da hermenêutica contemporânea no Direito Pátrio e isso desencadeou um verdadeiro salvo-conduto para a discricionariedade, com uma abertura interpretativa do objeto investigado, que é o texto constitucional e as leis que nele devem(riam) se basear.

Ante tais premissas, por meio da pesquisa bibliográfica, de autores de obras na área da Filosofia, da Hermenêutica e da Jurisdição Constitucional, privilegiando a doutrina da Crítica Hermenêutica do Direito, com base, principalmente, nas obras de Lenio Streck, que se identifica no neoconstitucionalismo um verdadeiro reforço estrutural ao ativismo judicial, tido como a intromissão do Poder Judiciário nas competências dos demais poderes, ofendendo, assim, o Estado Democrático de Direito.

2 O PROTAGONISMO JUDICIAL E A EQUIVOCADA RECEPÇÃO DAS TEORIAS ARGUMENTATIVAS

O ativismo judicial configura-se em um modo peculiar de interpretar a Constituição, buscando sua aplicação direta, mas estendendo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2008). Decorreria, em regra, de uma ineficiência dos

demais Poderes, o Executivo, e, sobretudo, o Legislativo, na solução de conflitos entre classes políticas e sociais, abrindo um espaço para a atuação indevida dos atores que representam o Poder Judiciário.

Tassinari (2013) registra que a atuação do Poder Judiciário, de maneira inovadora, tem ênfase a partir de 1803, nos Estados Unidos, quando do julgamento do caso “*Marbury x Madison*”, que trouxe ao mundo jurídico ocidental o primeiro precedente de controle judicial de constitucionalidade, tratar-se de um marco quando se fala no assunto controle de constitucionalidade.

Barroso (2008), em uma análise retrospectiva sobre o tema, entende que o ativismo, de origem norte-americana, apresentou-se, inicialmente, de forma conservadora, sendo utilizado pela Suprema Corte para atender interesses reacionários, como no caso *Dred Scott v. Sandford*, 1857, onde se concluiu que “negros não eram cidadãos, na acepção constitucional do termo” (BARROSO, 2011, p. 44).

A história conta que o ativismo foi utilizado também em algumas outras situações como para “a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte Suprema, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937)”, conforme Barroso (2008).

A situação se inverteu somente a partir da década de 1950 do século passado:

[...] quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973) (BARROSO, 2011, p. 7).

Já no Brasil, tal discussão tornou-se expressiva com o advento da Constituição Federal da República brasileira de 1988, em razão do extensivo

rol dos Direitos Fundamentais, que se fez uma Carta extensa abarcando não só os direitos individuais como os sociais e políticos¹.

Essa própria condição de ser do Poder Judiciário pode dar azo ao avanço ativista disfarçado que se empreendeu nos últimos anos no Brasil, justificado sob a bandeira da efetividade dos direitos do cidadão.

Streck (2013) afirma que o ativismo judicial fora indevidamente importado dos Estados Unidos, em que se efetivaram sérias discussões doutrinárias a respeito do governo dos juízes e do ativismo judicial, só que há mais de 200 anos.

Ora, uma Constituição “recente” pede por novos padrões de observação. “No mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica [...] uma nova teoria da decisão” (STRECK, 2013, p. 284).

Até mesmo a “escolha” pelo Estado Democrático de Direito trouxe transformações necessárias na relação entre os Poderes da República. Para que de fato ocorram tais mudanças para se passar de um Estado Social para um Estado Democrático, se faz necessário o “deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário” (TASSINARI, 2013, p. 36), posto que a natureza, a qualidade e a quantidade de conflitos impossíveis, ou impassíveis de autocomposição, cresceram em escalas inimagináveis.

É fato que a tudo ou a quase tudo se judicializa no Brasil (VIANNA, 1999). O autor trouxe um importante estudo sobre as razões da judicialização no Brasil, afirmando, dentre outros, o excesso de normatização. Isso é fruto de um desenvolvimento social e econômico, bem como de uma maior preocupação com o acesso à Justiça. Outrossim, o Brasil sofre forte influência dos sistemas norte-americano e europeu, sem a devida aclimação desses institutos a realidade brasileira, como já dito anteriormente.

1 É importante frisar o posicionamento de Ferrajoli (2010, p. 534) sobre o tema: “[...] o Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um contrapoder, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado. “Porque não se pode abusar do poder”, escreveu Montesquieu, “é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. Para isto, acrescentou Carrara, “a um Estado que aspire reger-se com ordens liberais e duradouras, e que deseje responder ao propósito da tutela jurídica na qual se funda total e somente a razão de ser da autoridade social, é de suprema necessidade que aos possíveis abusos do Poder Executivo o Poder Judiciário seja perpétuo e sólido obstáculo”.

A legitimação dos direitos humanos também provocou uma grande interferência do Estado no meio social que, por meio da inércia dos outros Poderes, exigiu do Judiciário uma maior atenção, como que se preenchesse as lacunas até então deixadas de lado pelos outros Poderes que, em tese, não cumpriam(em) o seu papel constitucional.

Diante dessa realidade jurídica nova, mormente com o excesso de ajuizamento de ações e a aproximação do “jurídico” com o “político” transformações se fizeram necessárias, mas se deram de uma maneira desregulada, sem nenhum tipo de norte, de base, deixando que a consciência dos intérpretes/aplicadores do direito se destacasse frente à correta aplicação do texto constitucional.

Como dito anteriormente, muito dessa situação ocorre por conta da carência de uma teoria constitucional ajustada à realidade brasileira, ou seja, essencialmente nacional, pelo fato de se estar constantemente à procura de um novo paradigma jurídico fora do quadrante adequado ao sistema jurídico pátrio. Esse fato levou os juristas brasileiros a se embasarem em teorias totalmente estranhas, alienígenas, sendo as mesmas recepcionadas de maneira acrítica, como a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano e a teoria da argumentação de Robert Alexy, segundo assevera Streck (2012a)².

Não se pode entender que essas teorias podem, de uma hora para outra, começar a ser utilizadas no Brasil, porque elas não se desenvolveram aqui, sob o prisma do sistema jurídico nacional. Impossível se aceitar essa situação sem que se observem as diferenças culturais e políticas para a implantação e uso dessas teorias. Tomou-se emprestada, da doutrina alemã, conforme Streck (2013, p. 286) informa, a ideia principal de ser da Constituição, uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de desvendar e revelar esses interesses ou valores: bem como foi referência o ativismo judicial norte-americano.

Nesse mesmo sentido, o termo “Ativismo Judicial” vem sendo usado de maneira rasa no Brasil. Atualmente, transforma-se um Tribunal em órgão com poderes permanentes de alterar a Constituição, construir normas legais ao

2 O autor apresenta, já em notas introdutórias, que um dos grandes responsáveis pela crise hermenêutica e do baixo conteúdo constitucional que se registra, na atual doutrina e na jurisprudência, é a recepção equivocada de três teorias alienígenas: a jurisprudência dos valores, ponderação alexyana e o ativismo norte-americano.

alvedrio da própria Constituição Federal. O risco se dá, por existirem questões que não podem ser sanadas por ativismo judicial, posto que o Judiciário não pode substituir o legislador.

Nesse ponto, nota-se a existência do ativismo judicial, no Brasil, para concretizar direitos e para resolver o problema da vontade dos julgadores, sendo inadmissível se descontextualizar a Constituição somente para buscar sentido, finalidade, em uma norma, com o fim de justificar uma decisão judicial. Então, nesse contexto, Lenio Streck (2011, p. 14) afirma que “em defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido, apresenta (é necessário) uma postura crítica em relação à atuação ativista do Judiciário no país”.

E a partir desse pensamento, chega-se à concepção de que o ativismo judicial é um problema que abala as próprias estruturas da democracia constitucional (STRECK, 2011), daí a necessidade de se questionar decisões que excluem o texto constitucional e buscam justificativas longe da base do sistema jurídico, fato vivido quase que diariamente na Justiça Eleitoral, não sendo muito diferente no restante da Justiça pátria.

Na maioria das vezes, o ativismo se revela como uma atitude do Judiciário, tal qual “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo” (BARROSO, 2011).

Esse proceder dos Juízes, como o que resultou nos arestos que serão analisados neste trabalho, representa um verdadeiro “rompimento constitucional”³, tornando-se um “problema democrático” tudo isso fruto do exemplo advindo da Suprema Corte brasileira, o STF (STRECK, 2012b, p. 53).

Destarte, pertinente apresentar a crítica que Barroso (2011, p. 16) constrói nesse sentido:

O fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade

3 Essa expressão não está aqui empregada como um mero recurso retórico, posto que houve verdadeira ofensa ao art. 14, § 9º, bem como afronta ao art. 93, IX, todos da Constituição Federal..

constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes.

Vale recordar que o povo é o titular do poder, parafraseando-se que “todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”, constante no artigo 1º, § 1º, da Constituição Federal, ainda que se possa indagar, quem é o povo, conforme preceitua Friedrich Müller (2009).

3 O ATIVISMO EM PRÁTICA NAS CORTES SUPERIORES E O ALICERCE NEOCONSTITUCIONAL: O CASO DA TENTATIVA DE REDISTRIBUIÇÃO DE VAGAS DE DEPUTADO FEDERAL FEITA PELO TSE E BARRADA PELO STF (ADIS Nºs 4947, 4963, 4965, 5020, 5028, 5130 E ADC 33)

Analisar-se-á o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nºs 4947⁴, 4963⁵, 4965, 5020⁶, 5028 e 5130⁷) e

4 “[...] 3. Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 78/1993 por omissão do legislador complementar quanto aos comandos do art. 45, § 1º, da Carta Política de definição do número total de parlamentares e da representação por ente federado. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, sem modulação de efeitos” (BRASIL, 2014a).

5 “[...] 7. Inconstitucionalidade da Resolução nº 23.389/2013 do TSE, por violação do postulado da reserva de lei complementar ao introduzir inovação de caráter primário na ordem jurídica, em usurpação da competência legislativa complementar. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, sem modulação de efeitos” (BRASIL, 2014b).

6 “[...] 7. Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 78/1993 por omissão do legislador complementar quanto aos comandos do art. 45, § 1º, da Carta Política de definição do número total de parlamentares e da representação por ente federado, e da Resolução nº 23.389/2013 do TSE, por violação do postulado da reserva de lei complementar ao introduzir inovação de caráter primário na ordem jurídica, em usurpação da competência legislativa complementar. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, sem modulação de efeitos” (BRASIL, 2014c).

7 “[...] 7. Inconstitucionalidade da Resolução nº 23.389/2013 do TSE, por violação do postulado da reserva de lei complementar ao introduzir inovação de caráter primário na ordem jurídica, em usurpação da competência legislativa complementar. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, sem modulação de efeitos” (BRASIL, 2014c)

de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC nº 33)⁸, cujo objeto era a (in)constitucionalidade da Resolução TSE nº 23.389/2013 que modificou o quantitativo de vagas para deputado federal de alguns Estados da Federação^{9 10}.

O STF no julgamento destas ações¹¹, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade de resolução do TSE, considerando que a Lei Complementar nº 78/1993 não fixa critérios de cálculo, nem delega tal função à Corte Eleitoral. Considerou que o TSE usou critérios próprios de fixação dos quantitativos dessas representações, introduzindo inovação legislativa (BRASIL, 2014f, 2014i).

Trata-se de um posicionamento de autocontenção, antiativista, mas que contou com votos contrários dos Ministros Gilmar Mendes, Barroso, e Dias Tofolli, para quem não houve invasão de competência, mas mera aplicação do dispositivo constitucional (BRASIL, 2014f).

- 8 “Ação Declaratória de Constitucionalidade. Medida Cautelar. 2. Julgamento conjunto com as ADIs nºs 4.947, 5.020 e 5.028. 3. Relação de dependência lógica entre os objetos das ações julgadas em conjunto. Lei Complementar nº 78/1993, Resolução/TSE nº 23.389/2013 e Decreto Legislativo nº 424/2013, este último objeto da ação em epígrafe. 4. O Plenário considerou que a presente ADC poderia beneficiar-se da instrução levada a efeito nas ADIs e transformou o exame da medida cautelar em julgamento de mérito. 5. Impossibilidade de alterar-se os termos de lei complementar, no caso, a LC nº 78/1993, pela via do decreto legislativo. 6. Ausência de previsão constitucional para a edição de decretos legislativos que visem a sustar atos emanados do Poder Judiciário. Violação à separação dos poderes. 7. O DL nº 424/2013 foi editado no mês de dezembro de 2013, portanto, há menos de 1 (um) ano das eleições gerais de 2014. Violação ao princípio da anterioridade eleitoral, nos termos do art. 16 da CF/1988. 8. Inconstitucionalidade formal e material do Decreto Legislativo nº 424/2013. Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada improcedente” (BRASIL, ADC 33)
- 9 Pela Resolução, o Estado da Paraíba e do Piauí perdem duas cadeiras de deputados federais cada um, os Estados de Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Sul perdem uma vaga de deputado cada. Já o Pará ganha quatro cadeiras. O Ceará e Minas Gerais ganham mais duas cadeiras cada um e o Amazonas e Santa Catarina aumentam sua respectiva bancada em um deputado federal, disposto no sítio do TSE: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Abril/tse-redefine-cadeiras-na-camara-dos-deputados-para-eleicoes-2014>>.
- 10 Por intermédio do Decreto Legislativo nº 424/2013, o Congresso Nacional sustou os efeitos da resolução do TSE.
- 11 ADIs nºs 4947, 5020, 5028 e 5130, e ADC nº 33, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e as ADIs 4963 e 4965, relatadas pela ministra Rosa Weber. Até o fechamento desta pesquisa ainda não havia sido disponibilizado o Acórdão do presente julgado.

O Ministro Gilmar Mendes (relator da ADI nº 4.947/DF, da ADI nº 5.020/DF, da ADI nº 5.028/DF e da ADI nº 5.130 MC/DF) destacou que o desafio estaria em regulamentar o sistema eleitoral proporcional de listas abertas, que vigora no Brasil de forma a manter, dentro dos limites constitucionalmente previstos, a proporcionalidade da representação dos Estados-membros e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados, com as respectivas repercussões nas Assembleias Legislativas estaduais e na Câmara Distrital (BRASIL, 2014g).

Para o referido Ministro, inexistiria inconstitucionalidade material na norma em tela posto que a LC nº 78/1993 poderia sim atribuir ao TSE a fixação de número de representantes, por unidade federativa, na Câmara dos Deputados, o que atenderia à proporcionalidade populacional, consoante o disposto no art. 45, § 1º, da CF (BRASIL, 2014g).

Numa tendência ativista e ofensiva à expressão direta da Constituição Federal, o Ministro Barroso argumentou que “a falta de consenso no Congresso não pode congelar a representação política e produzir uma desproporcionalidade que viola, a meu ver, claramente a Constituição” (BRASIL, 2014f).

Afirmou ainda que prestigiar a interpretação literal do art. 45, § 1º, da CF conduziria a inconstitucionalidade, pois o cumprimento da Constituição não poderia depender exclusivamente do processo político majoritário, da vontade, ou não, do Congresso Nacional de tratar da matéria por Lei Complementar e que a omissão do Congresso, em editar a lei complementar referida no art. 45, § 1º da Constituição Federal, manteria a representação populacional inalterada de maneira indevida. Entendeu válida a atuação do TSE, porque seria um órgão imparcial¹².

A Ministra Rosa Weber entendeu que “não se pode fixar o número de representantes por ente federado fundamentado na Resolução TSE nº 23.389/2013, independente da constitucionalidade da LC nº 78/1993” e que ao TSE não cabe legislar, mas promover o processo eleitoral por meio da legislação existente (BRASIL, 2014h).

O Ministro Joaquim Barbosa afirmou que a via administrativa não é a mais apropriada para tratar da matéria. Já o Ministro Luiz Fux entendeu que a

12 Mas com base em que critério jurídico? E porque o Congresso Nacional seria parcial?

LC nº 78/1993 de fato não oferecia poder normativo ao TSE e que a delegação prevista ofenderia cláusula pétreia da Constituição (BRASIL, 2014g).

O Ministro Marco Aurélio, acompanhando a Ministra Rosa Weber, entendeu por prejudicados os pleitos que impugnam a Resolução TSE nº 23.389/2013, e afirmou que não há fundamentos para a criação da controvérsia, visto que desde a CF/1988 esse órgão não acionou população para a fixação do número de cadeiras na Câmara (BRASIL, 2014g).

O Ministro Celso de Mello destacou a degradação do atual sistema de representação proporcional do país e afirmou que o art. 4º, § 2º da ADCT¹³ não poderia ser utilizado como parâmetro de controle (BRASIL, 2014h).

O Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a Constituição incumbiu o legislador complementar de fixar o número total de deputados e que somente tal lei poderia fazê-lo (BRASIL, 2014g), vez que assim deve ser por clara a redação legal.

O Ministro Teori Zavascki entendeu por procedentes os pleitos que atribuem ao parágrafo único do art. 1º da LC nº 78/1993 a interpretação conforme a Constituição, além de entender que a Resolução nº 23.389/2013 seria inconstitucional (BRASIL, 2014g).

Assim, tem-se de um lado uma conduta argumentativa e política daqueles que atribuíram ao TSE um poder político-legislativo, além de conferir ao Judiciário uma capacidade reformadora por meio da ética, lecionando ao Congresso Nacional, incapaz, porque suspeito (?) e possivelmente parcial (?), de tomar uma das decisões mais importantes relativas à questão política dos últimos anos, para esses o TSE estaria acima do Legislativo, pois seria um “órgão imparcial”.

Mas ocorre que não cabem discursos políticos na atuação da função jurisdicional do Estado. O exercício desta prerrogativa deve se dar por meio de fundamentos jurídicos e constitucionais, ignorar a Constituição para subsidiar a invasão de competência do Poder Legislativo reflete tendência solipsista e relativista que inundam as Cortes pátrias.

13 § 2º É assegurada a irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados.

Diante disso, não sem razão, Sarmento (2008) expõe que o ativismo, mormente em relação aos direitos sociais, pode provocar a concentração de riquezas, elevando os custos do Estado em favor de um segmento da população mais abastado ante a dificuldade do acesso à justiça por parte da população carente, gerando um paradoxo, “uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à moção da igualdade material” (SARMENTO, 2008).

A própria Democracia acaba desafiada pelo ativismo judicial. Os compromissos estatais não possuem uma extensão exata e nem a sua forma de implementação pode ser definida previamente por um texto normativo exaustivo de forma precisa, demandando um amplo espaço para a decisão política, que apesar de não ser infinita, vez que não balizado na Constituição, não pode ser amputado pelo Poder Judiciário (SARMENTO, 2008).

Ante tais premissas, é possível afirmar, aliando-se a Streck (2013), que o STF, e em consequência desse fato os demais órgãos do Judiciário, vêm julgando por políticas em grandes causas, e não por princípios, numa espécie de “Presidencialismo de coalizão judicial” (STRECK, 2013, p. 295).

4 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O constitucionalismo tido como moderno, na visão de Canotilho (2008), tem, ou teve, como uma de suas principais preocupações a relação, jurídica e política, entre Estado e o cidadão, o que não mudou, mesmo em tempos de globalização.

Adianta o autor português (CANOTILHO, 2008), que a redução ótica dos pilares de uma Constituição não é suficiente para se compreender um “novo direito constitucional”, demonstrando como a doutrina e os estudos constitucionais pátrios não estão preparados para entender o Estado pós-moderno, a globalização e a integração comunitária entre os Estados.

Assenta, ainda, que haverá descumprimento da finalidade precípua das Constituições, quando essas estiverem baseadas em pressupostos que não podem

garantir, e assim “deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas”.

Na superação do positivismo exegético e da velha “aplicação” do direito por meio da regra de subsunção, acaba-se, pelo menos no Brasil, diante de um vácuo regulatório, intitulado de discricionariedade, em que o intérprete se encontraria numa verdadeira situação jurídica de senhorio, em relação ao texto normativo objeto da interpretação/aplicação.

Para superar o positivismo e tentar garantir um verdadeiro respeito à Constituição, surgiu um movimento, uma doutrina, hoje intitulada de neoconstitucionalismo, que visa(ria), ultrapassar a “plenipotenciariade da regra” (STRECK, 2008, p. 336) e o antigo juspositivismo (STRECK, 2012, p. 36).

Nas palavras de Duarte e Pozzolo (2012), “a difusão de constituições longas e densas e a extensão do modelo democrático têm estimulado uma reflexão mais concentrada acerca da normatividade do direito e das razões de sua legitimidade”.

Para os mesmos autores, a “emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado”, denunciaram a necessidade de uma superação do Estado eminentemente liberal, forçando um novo entendimento de intervenção do Estado, bem como de uma maior demanda pública na área social, que desencadeou numa reformulação constitucional e em um novo entendimento sobre Constituição.

Streck (2012, p. 339) vai afirmar, então, que a força normativa da Constituição nasce da revolução copernicana que institui o que denominou de “(neo)constitucionalismo”¹⁴, e que essa dependerá de uma adequada interpretação, que dentro de um Estado Democrático de Direito, é inevitável, e mesmo necessário, uma autonomização do direito, para que se firme, agora de maneira efetiva, um controle sobre o Poder, tratando-se de “uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito

14 O referido autor abandonou tal expressão por entender haver um desvirtuamento do direito e da aplicação da constituição decorrente do intitulado neoconstitucionalismo, que baseado na doutrina argumentativa acaba comprometendo a segurança jurídica ao dar espaço para o relativismo, passando a chamar de constitucionalismo contemporâneo, aquilo que antes entendia por neoconstitucionalismo (2011).

produzido democraticamente e que institucionaliza essa(s) outras dimensões com ele intercambiáveis” (STRECK, 2012, p. 350).

Duarte e Pozzolo (2012, p. 21) descrevem essa situação como necessária para implantar um verdadeiro caráter normativo da Constituição, para que a mesma possa vir a figurar em um “plano de juridicidade superior”, que reclama a sua concretização.

Assim, mais do que limitar o poder (constitucionalismo clássico), o caráter ideológico do neoconstitucionalismo seria o de concretizar os direitos fundamentais, partindo-se de uma aplicação direta das normas constitucionais sempre que necessário, posto que suas regras e princípios são dotadas de normatividade.

Uma das questões mais significativas em tempos de superação do positivismo é a busca pela forma justa ou correta de interpretar a Constituição, mormente em razão da adoção do entendimento de que a Constituição seria um sistema aberto de regras e princípios (DUARTE, 2008), além da presença de direitos fundamentais, que supõe um compromisso de adoção de uma interpretação mais adequada.

Todo ordenamento jurídico deve respeito à Constituição, posto ser um sistema originário de uma ordem jurídica. No entanto, a presença dos direitos fundamentais de diversas ordens, possivelmente conflitantes, trouxe um desafio para esse novo momento de superação positivista, cuja presença dos princípios, como norma e não como valor, é apresentado como eficiente arma do Direito para legitimar e controlar o poder, levou a sociedade, ao menos inicialmente, a um “direito” calcado em preceitos subjetivistas, mormente em razão das teorias erroneamente adotadas, como alerta Streck (2013), e ante o “déficit de objetividade” (DUARTE, 2008, p. 201).

No entanto, Streck (2012), refletindo sobre a má utilização de certas teorias externas, já apresentadas no tópico anterior deste trabalho, e em razão do neoconstitucionalismo pátrio estar sendo utilizado como um álibi para o voluntarismo e o decisionismo nos tribunais, supera o neoconstitucionalismo, afirmando a existência de um “Constitucionalismo Contemporâneo”, este sim voltado ao respeito à Constituição e ao Estado Democrático de Direito (STRECK, 2012, p. 37).

Duarte (2008, p. 201) entendeu o neoconstitucionalismo como uma necessária e adequada resposta constitucional, afirmando que além da necessidade de considerar uma teoria jurídica que enlace o direito com a moral. Mas com razão maior Streck (2012) apresentou os fundamentos de superação do neoconstitucionalismo, que a pretexto de superar o positivismo, acabou por regredir às teorias voluntaristas do século XIX, situação também já descrita neste trabalho em tópicos anteriores.

Os princípios são normas, conforme Dworkin (2007) e Alexy (2008), mas a Constituição é um texto normativo escrito, que deve ser respeitado. O neoconstitucionalismo, assim, ofende o Estado Democrático de Direito e a divisão dos poderes, subsidiando um ativismo que poderá verter o Brasil numa juristocracia.

Não restam dúvidas sobre a necessidade de se superar o neoconstitucionalismo, construindo uma verdadeira e séria doutrina de respeito à força normativa da Constituição. As bases do neoconstitucionalismo identificam-se com o positivismo moderno, de forma que somente superou como já havia feito o próprio positivismo moderno, aquele positivismo exegético, calcado na subsunção e no silogismo.

É certo que um dos mais importantes positivistas “modernos”, como bem encerra Dworkin (2007, p. 27), foi Hart (2009), com sua obra intitulada “O Conceito de Direito”, cuja primeira publicação data de 1961. Respondendo diversas críticas, Hart elaborou, em momento posterior, um pós-escrito no referido livro.

Já na década de 1970, Hart negava os argumentos positivistas de que o direito estava separado da moral “destacando as teorias da justiça de John Rawls e Robert Nozick como pontos de partida dessa mudança e a teoria dos princípios de Ronald Dworkin como pioneira dessa reviravolta no âmbito jurídico” (NEVES, 2013, p. 43).

Para o mesmo autor, a Teoria de Rawls irá influenciar o padrão empírico do desenvolvimento do indivíduo. De modo semelhante Kohlberg desenvolveu três níveis de julgamento moral: pré-convencional, convencional e pós-convencional ou baseado em princípios. Nesses níveis se relacionam três categorias de observação social: a concreta individual, a de membro da sociedade e a do prioritário-em-face-da-sociedade. De acordo com já citado autor os contratos

sociais e as leis devem se apoiar nos princípios, e se não o fizerem o indivíduo deve seguir ao que diz os princípios gerais de justiça.

Acatou, portanto, Hart (2009), críticas quanto à pouca importância que deu aos princípios, narrando, no entanto, que tanto princípios como “normas”¹⁵ podem ceder, sem no entanto restar prejudicadas sua validade e vigência (HART, 2009, p. 337), mas afirmando que a diferença entre regras e princípios seria uma questão de grau.

Afirma de maneira categórica sobre o poder discricionário do Juiz, atribuindo-lhe, inclusive, poderes de legislador positivo, que:

[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido [...]. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao Poder Legislativo [...], mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente (HART, 2009, p. 351).

Hart (2009, p. 351) também entende que o preenchimento dos espaços na solução de casos concretos tinha relação com uma compreensão clara do processo judicial, que seria a característica que chamava mais atenção na Teoria do Direito americano, pois a partir dessa prática o intérprete teria mais condições de se orientar a respeito das regras estabelecidas pelo sistema jurídico, afirmando:

El énfasis dirigido por los antipositivistas hacia la naturaleza del proceso judicial puede sorprender a los juristas y filósofos del derecho europeos. Siempre –pienso– ha sido la característica más llamativa de la Teoría del derecho americano pensar que una comprensión clara del proceso judicial es la mejor clave para el entendimiento de lo que es el derecho, y pensar también que se obtiene mayor luz de orientar la atención no

15 Para diferenciar princípios de regras, Hart (2009, p. 339) chama essas de normas e aquelas de princípios não conclusivos.

a las claras reglas establecidas por el sistema jurídico y a la manera en que funcionan fuera de los tribunales, sino más bien a los controvertidos casos difíciles, que son aquellos en los que cualificados juristas pueden estar en desacuerdo sobre lo que es el derecho en algún punto.

Note-se que já houve um rompimento com o positivismo de outrora, mais exegético, permitindo a discricionariedade e colocando o Juiz no protagonismo da criação e da aplicação do direito. Um prenúncio do neoconstitucionalismo.

No entanto, na visão (positivista) de Hart (2009, p. 351), o juiz é quem constataria a ausência de norma reguladora e ele mesmo criaria o novo direito, que não era predisposto aos interessados quando da época dos fatos analisados, de acordo com o seu conhecimento, e de maneira racional e fundamentada (HART, 2009, p. 352)

O mesmo autor compreende uma compatibilidade entre positivismo e a noção de princípios, bem como se mostraria compatível com uma noção de direito e moral, encerrando mais um novo rompimento da ideia positivista tradicional:

También es importante hacer hincapié en que esta tesis positivista es también perfectamente compatible con un sistema jurídico que incorpore de diversos modos pautas morales, tanto generales como específicas, dotándolas así de un status jurídico. Así, en algunos sistemas jurídicos, la conformidad con ciertos principios morales – por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales– es reconocida por los tribunales como parte de un criterio básico de validez jurídica. En tales casos, incluso los actos normativos de los supremos Legisladores pueden ser considerados inválidos si carecen de conformidad con tales principios, mientras que en otros sistemas jurídicos que no se los incorporan, tales principios tendrían sólo una fuerza moral y no una fuerza jurídicamente invalidante (HART, 1980).

Mas, Hart (1980) aponta que “tal incorporación puede ser realizada por ley (*statute*), o, como en los Estados Unidos, por un documento o enmienda

constitucional escritos”, ou, onde não houver tal documento escrito, “a través de la práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales como un test de validez jurídica.”

Streck (2012) supera o neoconstitucionalismo que representa, no entendimento esposado neste trabalho, apenas outro nome para positivismo moderno ou hartiano, apresentando uma necessidade de respeito maior à normatividade constitucional. É necessário romper com algo maior que o positivismo (moderno), que tem em sua base a discricionariedade (e o ativismo) no ato de interpretar/aplicar o texto normativo, agindo a partir de uma relatividade hermenêutica.

Tais falhas, discricionariedade e ativismo, decorreriam de uma forte aposta no “protagonismo judicial”, algo que passou a se chamar de Constitucionalismo Contemporâneo, por meio da construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição (STRECK, 2012, p. 37).

5 O ALICERCE TEÓRICO E PRAGMÁTICO DO ATIVISMO JUDICIAL: UM NEOCONSTITUCIONALISMO QUE FERE AS PREMISSAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Não há como confundir constitucionalismo com decisionismo. A superação do positivismo, oferecida pelo neoconstitucionalismo nada mais representa do que o enfraquecimento do texto constitucional, colocando o Judiciário na base do sistema, e não em paralelo com os demais poderes.

Muitos dos conceitos do neoconstitucionalismo partiram de uma ideia desfocada da lei, da regra, superando o positivismo (exegético), tendo assim, um grande ponto de interseção na teoria positivista de Hart, cujas colocações acima muito se assemelham à ponderação e à argumentação jurídica, verdadeiras “armas” do mencionado neoconstitucionalismo, mas que, como referenciou Streck (2012, p. 48 e 51), é (está sendo) um perigo à Democracia.

Tais equívocos levam ao abuso da discricionariedade na solução das contendas postas no Judiciário e à ofensa ao Estado Democrático de Direito, dando base ao ativismo judicial ante a imposição da vontade do juiz, numa deturpada ou disfarçada ideia de construção e concretização dos direitos.

Esse posicionamento da jurisprudência, com o apoio da doutrina neoconstitucional (que, por vezes, fere a Lei e a Constituição), vem dando passagem para a reprodução de decisões ativistas de outros Tribunais, replicando aquilo que deveria ser reprimido.

O pragmatismo está intimamente imbricado ao conhecimento adquirido ao longo da vida, que se restringe a fenômenos (acontecimentos) e esses, “por sua vez, ‘a consciência’ que desempenha um papel ativo e ‘fundamentante’, quer nas formas do conhecer, quer no tocante aos seus interesses” (MORA, 2001; p. 21).

Outro exemplo claro dessa situação e da adoção de caminhos pragmáticos, e que, é possível afirmar, gerou efeitos, ainda que indiretos, no entendimento analisado nesse estudo, foi o do conteúdo do julgamento, no STF, da reclamação 4.335/AC, onde, no entendimento de Streck (2012, p. 53) “adentraram, assim, na discussão acerca do papel do direito e dos limites da ‘função corretiva’ da jurisdição (em especial, da jurisdição constitucional)”.

Denuncia Streck (2012, p. 43) que a discricionariedade aplicada (pelos neoconstitucionalistas) no direito brasileiro e na forma de se decidir supera aquela apresentada acima por Hart, mas ainda sim acreditam (os neoconstitucionais) que estão superando o direito formal-exegético¹⁶ (mas somente ele), com um excessivo protagonismo do Poder Judiciário, fato que levou o direito pátrio às trevas do ativismo.

Nas palavras de Canotilho (2008, p. 126), é possível ver a importância do respeito à normatividade dos dispositivos constitucionais, não podendo ser ignorado por qualquer dos poderes constituídos:

Uma Constituição – desde logo pela sua gênese histórica e política – se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as exigências constitucionais mínimas (“constitutional essential”, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica, intocáveis pelas maiorias parlamentares. Aqui, o dito constitucional é uma dimensão básica da legitimidade moral

16 Mas somente ele, posto que não se superou o moderno positivismo, como se vê através da semelhança das teorias, mormente quanto à discricionariedade.

e material, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e contra a desconstrução moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações.

Streck (2012, p. 37) entende que para se atingir esse grau de respeito à normatividade da Constituição e da integridade de jurisdição ainda resta necessário um “redimensionamento na práxis político-jurídica”, com uma nova teoria das fontes, reformulação na teoria da norma e da interpretação, formando uma “blindagem” contra a discricionariedade e o ativismo.

Ou seja, em tempos de constitucionalismo, de um avanço na superação das amarras do positivismo não se pode aceitar mais a discricionariedade e o desrespeito à Constituição Federal, texto normativo que merece ser levado a sério, sob pena de subsidiar o ativismo e o processo de diminuição dos demais poderes da federação.

6 CONCLUSÃO

O ativismo judicial tem sido um dos grandes responsáveis pela crise institucional entre os Poderes, considerando que o Judiciário, mais propriamente o STF, por vezes, vem arrematando para si as competências políticas do Legislativo e do Executivo.

Dentre os principais alicerces do ativismo, destaca-se o neoconstitucionalismo, equivocadamente adotado, constituído no Brasil por meio de uma importação de Teorias criadas pela e para a doutrina estrangeira.

Calcada nas lições de Alexy e Dworkin, a doutrina pátria e o Poder Judiciário deturparam as teorias estrangeiras para facilitar a sua aplicação, e deixaram ao cargo dos (sentimentos dos) Juízes a conveniência para o respeito ou não do texto normativo, seja ele legal, seja ele constitucional.

Para tanto, em termos de Direito brasileiro, há um ordenamento constitucional avançado, a denominada Constituição Cidadã, que deve pautar a interpretação do intérprete, assim pelo menos deveria ser.

A atuação interpretativa do STF, em alguns julgados, pode (e está) levando à produção de novos textos normativo-constitucionais ultrapassando e fazendo pouco dos limites semânticos dos textos normativos legais existentes, ou seja, atuando como um legislador constitucional disfarçado e, portanto, ilegítimo, antidemocrático.

O ativismo judicial no STF e sua replicação nas demais cortes enfraquece a Constituição e desafia o Estado Democrático de Direito, influenciando diretamente no sentido do texto normativo, alicerçado, hoje pelo neoconstitucionalismo tal qual adotado, tão entusiasmadamente, pela doutrina nacional.

As Cortes nacionais estão demonstrando uma posição ativista sem qualquer tipo de limite interpretativo, não respeitando sequer os limites semânticos do texto constitucional, com fundamento numa ideia concretista desarrazoada, utilizando os princípios constitucionais como um álibi para a discricionariedade neoconstitucional.

O neoconstitucionalismo tem servido para aumentar a discricionariedade, numa tentativa de superação do positivismo, sendo mola mestra para o cultivo de um sentimento de verdadeira ojeriza à Lei e ao Poder Legislativo, deixando o julgador com um amplo acesso ao uso da sua subjetividade, intitulado tal “técnica” de aplicação direta da Constituição, mas sem sequer observar que ela própria determina a obediência à legalidade (art. 1º, art. 5º, II, dentre outros).

Verifica-se, assim, que o neoconstitucionalismo é uma outra face do positivismo moderno, que, calcado em Hart e Kelsen, já apostava na liberdade interpretativa do Juiz superando apenas aquele positivismo exegético, com diferencial somente na Constituição como objeto de aplicação discricionária, tomando-se como pretexto a sua concretização, para invadir a competência política dos demais poderes da federação, tornando-se um forte alicerce para o ativismo judicial, principalmente no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Tradução de L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Tradução de L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**: ADC n° 33. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&cs1=33&processo=33>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. **Ação Direta de Constitucionalidade**: ADI 4947. Relator: Ministra Rosa Weber. 01 de julho de 2014a. Disponível em: <<http://tinyurl.com/n2hxwqs>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**: ADI 4963 e 4965. Relator: Ministra Rosa Weber. 01 de julho de 2014b. Disponível em: <<http://tinyurl.com/ch7v6ca>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade:** ADI 5020. Relator: Ministra Rosa Weber. 01 de julho de 2014c. Disponível em: <<http://tinyurl.com/n2hwxqs>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade:** ADI 5028 e 5130. Relator: Ministra Rosa Weber. 01 de julho de 2014d. Disponível em: <<http://tinyurl.com/kwmllee>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade:** Mesa do Senado Federal. Relator: Ministro Rosa Weber. 01 de julho de 2014e. Disponível em: <<http://tinyurl.com/kwmllee>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2014a. **STF declara inconstitucionalidade de normas sobre número de deputados.** 2014f. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269475>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. _____. **Informativo 750.** 2014g. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo750.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. **Informativo 751.** 2014h Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo751.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. **Informativo 752.** 2014i. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo752.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

DUARTE, Écio Oto. Positivismo jurídico inclusivo e objetividade no direito: uma abordagem sobre a exigência de correção na interpretação constitucional. In: DUARTE, E. O.; DIMOULIS, D. (Coords.). **Teoria do Direito Neoconstitucional**. São Paulo: Método, 2008.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editora, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. Tradução de N. Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução A. P. Z. Sica. F. H. Choukr. J. Tavares. L. F. Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **El nuevo desafío del positivismo jurídico**. Tradução de L. Hierro, F. Laporta e J. R. Páramo. Original inédito. 1980. Disponível em: <<http://davidgarcivanegas.es.tl/Hart-nuevo-desafio-del-positivismo-juridico.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MORA, Jose Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tradução Roberto Leal Ferreira, Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia – Introdução de Ralph Christensen. Tradução Peter Naumann. Revisão da tradução Paulo Bonavides. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, PAULA; NOVELINO M. (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A Incompatibilidade Paradigmática entre Positivismo e Neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. (Orgs.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

_____. Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, E.; STRECK, L.L (Org.). **Hermenêutica e Epistemologia:** 50 anos de verdade e método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

_____. **Verdade e Consenso.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política no Brasil. In: VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Correspondência | Correspondence:

Alexandre de Castro Nogueira

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, CEP 93.022-750. São Leopoldo, RS, Brasil.

Fone: (51) 3591-1122.

Email: alexandrenogueira@nogueiraenogueira.com

Recebido: 13/01/2016.

Aprovado: 06/02/2017.

Nota referencial:

LIMBERGER, Têmis; NOGUEIRA, Alexandre de Castro.
Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro. **Revista
Direito e Liberdade**, Natal, v. 19, n. 1, p. 263-289, jan./abr. 2017.
Quadrimestral.