

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: A ABERTURA DO PROCESSO INTERPRETATIVO DA CONSTITUIÇÃO COMO MECANISMO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DE PARTICIPAÇÃO NO TRATAMENTO DE CONFLITOS

JUDICIALIZATION OF POLITICS AND JUDICIAL ACTIVISM: THE OPENING OF THE INTERPRETIVE PROCESS OF THE CONSTITUTION AS JUDICIAL REVIEWS DEMOCRATIZATION AND PARTICIPATION IN CONFLICT DEALING INSTRUMENT

Mônia Clarissa Hennig Leal¹
Tássia Aparecida Gervasoni²

"[...] não é possível a prática da democracia sem uma organização judiciária independente e capaz de atuar com eficiência na salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Assim, também, é comum atribuir-se um papel fundamental ao Poder Judiciário na preservação do Estado de Direito, como expressão de democracia, para garantir que os governos atuem dentro dos limites constitucionais e respeitem os procedimentos estabelecidos segundo formalidades democráticas. Há, portanto, uma estreita ligação entre democracia e Judiciário [...]"

(Dalmo de Abreu Dallari. *O poder dos juízes*)

Resumo: A compreensão do Estado, dos direitos fundamentais e da Constituição comunga uma história evolutiva cujos aspectos convergem, na perspectiva da jurisdição constitucional, para dois importantes fenômenos: a judicialização da política e o ativismo judicial. Trata-se de duas posturas que se atribuem à forma de atuação dos Tribunais Constitucionais e que guardam relação direta com as repercussões dessa atuação na vida e na organização política do Estado, surgindo dúvidas acerca da sua legitimidade para tanto por tratar-se o processo de interpretação constitucional pelas Cortes, em geral, de um processo fechado. Na tentativa de amenizar essas críticas apresenta-se a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, que defende, em apertada síntese, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, isto é, a abertura do processo interpretativo-constitucional, como forma de democratização da jurisdição constitucional. Com efeito, o trabalho objetiva abordar esses elementos para, principalmente, trazer à discussão a teoria mencionada como uma possibilidade de democratização da jurisdição (e de alívio às críticas ao protagonismo), apresentando-se um novo horizonte quanto a esse aspecto, inclusivo e participativo. Quanto à metodologia, adota-se como método de abordagem o dedutivo, como método de procedimento o histórico e como técnica de pesquisa a documentação indireta.

Palavras-chave: judicialização da política, ativismo judicial, jurisdição constitucional, democratização.

Abstract: Understanding the state of fundamental rights and the Constitution which shares an evolutionary history aspects converge in view of the constitutional jurisdiction to two important phenomena: the judicialization of politics and judicial activism. These are two positions that are attributed to the form of performance of constitutional courts and that are directly related with the implications of such actions in the life and political organization of the State, rising doubts about the legitimacy to do so because it is the process of constitutional interpretation by the courts, in general, a closed process. In an attempt to mitigate these criticisms presents the theory of the open society of interpreters of the Constitution of Peter Häberle, which argues, in brief summary, extending the circle of interpreters of the Constitution, ie the opening the constitutional-interpretative process as a way of democratization of constitutional jurisdiction. Indeed, this paper aims to address all these elements primarily to bring to discussion the theory mentioned as a possibility of democratizing of the jurisdiction (and relief to the critical role), presenting a new horizon in this regard, inclusive and participatory. Regarding the methodology, adopted as the method of deductive approach. The method of procedure used is the historical and, as a research technique uses the indirect documentation.

Keywords: judicialization of politics, judicial activism, judicial review, democratization.

Considerações iniciais

A evolução do Estado até a sua conformação atual guarda íntima relação com a crescente preocupação com as questões envolvendo a proteção e a realização dos direitos fundamentais, bem como a compreensão da Constituição em cada período distinto dessa evolução e, assim, também, da própria função confiada ao seu guardião: a jurisdição constitucional.

Hodiernamente, já não se pode negar que a jurisdição constitucional ocupa um espaço privilegiado e inédito de atuação, viabilizado, sobretudo, pela disseminação da ideia de supremacia da Constituição e da necessidade de concretização do seu texto, cada vez mais a contemplar direitos e garantias aos cidadãos.

Desse contexto emergem dois importantes fenômenos: a chamada judicialização da política e o ativismo judicial, que, embora nem sempre diferenciados, possuem causas e efeitos bastante distintos. Trata-se de duas posturas que se atribuem à forma de atuação dos Tribunais Constitucionais e que guardam relação direta com as repercussões dessa atuação na vida e na organização política do Estado.

¹ Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenadora adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. E-mail: moniah@unisc.br.

² Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Professora na Universidade da Região da Campanha - URCAMP. Advogada. E-mail: tassiaag@yahoo.com.br.

Dessa alegada atuação política da jurisdição constitucional avultam-se críticas de toda sorte acerca da sua ilegitimidade para tanto, desde a violação à separação de poderes até a ofensa ao regime democrático, por tratar-se o processo de interpretação constitucional pelas Cortes, em resumo, de um processo fechado.

Na tentativa de amenizar essas críticas, que têm acompanhado o crescente protagonismo judicial, apresenta-se a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, que defende, em apertada síntese, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, isto é, a abertura do processo interpretativo-constitucional, como forma de democratização da jurisdição constitucional.

Com efeito, o presente trabalho objetiva estabelecer elementos comuns na narrativa evolutiva do Estado Democrático de Direito, da noção de direitos fundamentais e de Constituição e, conseqüentemente, da própria jurisdição constitucional, para em seguida abordar dois importantes fenômenos que se prestam a analisar sua forma de atuação no contexto atual. Por fim, a partir das críticas que se fazem à atuação da jurisdição constitucional, traz-se à discussão a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, como uma possibilidade de democratização da jurisdição e como um mecanismo de participação no tratamento dos conflitos (e, em certa medida, como contraponto às críticas quanto ao protagonismo judicial), apresentando-se um novo horizonte quanto a esse aspecto, que se mostra inclusivo e participativo.

1 Estado Democrático de Direito, direitos fundamentais e Constituição: perspectivas evolutivas da jurisdição constitucional

A figura do Estado moderno, cuja feição clássica remonta ao absolutismo, tem há muito ocupado juristas, filósofos, sociólogos e toda sorte de estudiosos. Talvez por representar a prova viva da capacidade humana de organização, quem sabe pela imponência que lhe toma ao reunir parcelas de poder de cada indivíduo, fato é que as razões do verdadeiro fascínio que se arrisca apontar em relação à investigação da formação e evolução do Estado são muitas. A que move a presente abordagem diz respeito à ideia de que a evolução do Estado narra a própria evolução do homem.

A partir de uma análise acurada, é possível constatar que o Estado (até ser adjetivado de Democrático e de Direito pela incorporação de diversas características inerentes a essas noções) evoluiu numa certa relação de causa e efeito com o desenvolvimento da própria sociedade e do recrudescimento das noções de Constituição e direitos fundamentais, tudo isso determinando e sendo determinado pela atuação da jurisdição constitucional.

Assim é que o crescente protagonismo judicial, sobretudo, da jurisdição constitucional, se não pode apenas pela história ser legitimado (e isso se afirma porque a legitimidade do Judiciário é tema polêmico e controvertido), pode por ela ao menos ser explicado. Para tanto, não se prescinde da investigação dos aspectos evolutivos de conformação do Estado de Direito e sua íntima conexão com os direitos fundamentais, o que conduz quase que inevitavelmente à abordagem do papel da jurisdição constitucional havido dessa relação.

Empenhando-se na busca e na elucidação de um conceito para o Estado de Direito, Böckenförde elenca como aspectos básicos do termo a renúncia a toda ideia e/ou objetivo transcendental do Estado (cujo fundamento é o indivíduo); a limitação do Estado face aos direitos individuais; e, em síntese, a separação de poderes.³

Apresenta-se, num primeiro momento, um conceito ou uma concepção formal de Estado de Direito, identificada como Estado de Direito burguês (cuja lógica liberal esforça-se em garantir a liberdade e a propriedade, preocupando-se, especialmente, com a igualdade formal dos cidadãos).

Nessa perspectiva de limitação do Estado face aos direitos individuais, o Estado passa a ter competências e atribuições bem delimitadas, sendo que o melhor instrumento para ordenar estes regramentos – e para assegurar os direitos individuais de uma maneira neutra e racional – é a lei, caracterizada como uma regra geral (norma geral) que surge com o consentimento do povo (sistema representativo) – num procedimento caracterizado pela discussão e pela publicidade. Assim, o conceito de lei passa a ser central, no qual estão incluídos institucionalmente todos os princípios essenciais para a concepção do Estado de Direito e cuja verdadeira supremacia faz com que se estabeleça frente à Administração Pública, frente à jurisdição e frente aos cidadãos.⁴

Ocorre que para vincular também ao Estado, a lei precisa de um *status* diferenciado, que ultrapasse o mero âmbito legal tradicional, que será justamente o *status* de lei constitucional. Conforme Leal:

Para poder vincular também ao Estado, porém, ela precisa ter um *status* diferenciado, capaz de, efetivamente, obrigar a todos os entes políticos. Nesse sentido, o instrumento que melhor pode ordenar os regramentos sobre competências e atribuições, de uma maneira neutra e racional (sob a ótica liberal), é a lei, que, entretanto, para poder vincular inclusive o Estado, precisa adquirir uma conformação que ultrapassa o mero âmbito legal tradicional: a de lei constitucional.⁵

³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Trotta, 2000. p. 19-20.

⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10-11, passim.

⁵ *Idem*, p. 15.

Em relação à atividade jurisdicional, nesse contexto de supremacia da lei, torna-se espaço privilegiado de atuação o Poder Legislativo, em contrapartida ao papel tímido reservado ao Judiciário, ao qual compete meramente a função de aplicar a lei ao caso concreto (mesmo a de *status* constitucional) – subsunção.

Aliás, as Constituições liberais constituem um documento eminentemente jurídico, cuja prerrogativa maior é a imposição de limites ao Estado e a garantia dos direitos individuais negativos. Apenas no segundo pós-guerra as Constituições passam a ser concebidas como “comunitárias”, ou seja, como sendo o reflexo dos valores compartilhados pela comunidade que as adota, dando origem, desta forma, à chamada Teoria Material da Constituição, que propõe levar em consideração em sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição.⁶

Todavia, conforme é sabido, a igualdade formal preconizada pelo Estado Liberal através da lei não assegurou a liberdade material, intensificando-se as críticas a esse modelo cuja legitimidade viu-se esvaziada, o que provoca a luta e a busca por definições materiais do Estado de Direito, o que reflete na interpretação dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Böckenförde:

Este vacío de legitimidad provoca por otra parte que surjan nuevas definiciones materiales del Estado de Derecho que sin Duda reflejan las ideas de justicia que están detrás de cada una de las ideologías políticas. Y, cara al pluralismo ético-espiritual y político, dejó de ser posible el recurso a una tradición racional común, como ocurrió en el concepto temprano del Estado de Derecho orientado desde el individualismo. Hasta qué punto se diluye entonces el concepto tradicional del Estado de Derecho puede hacerse patente de modo especial en el cambio que se produce en la interpretación de los derechos fundamentales; si los derechos fundamentales se interpretaban como una garantía que delimitaba la libertad individual frente al Estado, ahora, junto a esa función de defensa o incluso quizá de forma más acentuada, aparecen como instituciones objetivas o bien como una definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales por este.⁷

De todo modo, fato é que as relações sociais foram se modificando, fazendo com que daquela realidade do modelo de Estado Liberal emergisse a necessidade de outra postura do Estado (com destaque para o segundo pós-guerra, em especial). Esta nova conformação culminou no advento do Estado Social (*welfare state*), do qual se exigia uma postura intervencionista, assegurando a realização dos direitos de cada cidadão, mediante, inclusive, prestações que se concebiam como deveres estatais.

Ganha tônica, então, um conceito material de Estado de Direito, que se caracteriza pela compreensão de vinculação do poder do Estado a determinados valores e princípios superiores do Direito (a preocupação é de que se estabeleça uma situação jurídica justa em sentido material). A Constituição, assim, de meramente limitadora do poder do Estado e organizadora da formação política de vontade e de exercício do poder, converte-se na positivação jurídica dos valores fundamentais da ordem da vida em comum (ordem objetiva de valores).⁸

Já na passagem para o Estado Democrático de Direito, em um contexto de recrudescimento da noção dos direitos fundamentais, por sua vez, a Constituição – que assume uma função principiológica – vê-se ampliada e expandida para abarcar os conteúdos da realidade cotidiana.

Nesse sentido, tem-se que:

Na passagem para o Estado Democrático de Direito, por sua vez, especialmente em face do recrudescimento da ideia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, a Constituição acaba, mais do que nunca assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita. (sic)⁹

Em relação aos direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático, Alexy chama atenção para o fato de que os direitos fundamentais constitucionalizados são problemáticos no Estado Democrático de Direito, sobretudo em razão de quatro aspectos que denomina de extremos: escalão hierárquico supremo (justamente por seu status constitucional); força de concretização suprema (vinculando todos os três poderes); objetos sumamente importantes dos direitos tutelados; e, por fim, a medida máxima de necessidade de interpretação (que resulta dos três primeiros extremos citados).¹⁰

Quanto a essa necessidade de interpretação, ademais, assinala Cittadino que “concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e

⁶ LEAL. *Op. Cit.*, p. 29-30, passim.

⁷ BÖCKENFÖRDE. *Op. Cit.*, p. 32.

⁸ *Idem*, p. 40-41.

⁹ LEAL. *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático**: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999, p. 62-63.

democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente”¹¹ – abertura essa exatamente verificada no Estado Democrático de Direito, quando a Constituição assume uma postura principiológica e ficam abertos os conteúdos possíveis de serem abarcados pelo seu texto, mormente na determinação dos direitos fundamentais.

Extremamente interessante, ainda, é a relação (contraditória) apresentada entre os direitos fundamentais e a democracia. Os direitos fundamentais teriam um duplo caráter: democráticos, na medida em que assegurados os direitos de liberdade e igualdade e seus derivados estariam asseguradas as condições funcionais do processo democrático; mas também ademocráticos, pois ao vincularem também o legislador subtraem da maioria parlamentar legitimada poderes de decisão.¹²

A chave para a resolução, segundo Alexy, é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. O princípio fundamental de que todo o poder estatal se origina do povo exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. O parlamento representa o cidadão politicamente, enquanto o Tribunal o representa argumentativamente (o que sem dúvida contribui para a legitimação da atuação jurisdicional).¹³

Dentro desse novo contexto, portanto, há certo receio em se deixar a Constituição à mercê da discricionariedade do legislador – que está agora também vinculado aos direitos fundamentais. A partir disso é que as decisões sobre as questões constitucionais passam a ser entregues ao Judiciário, especialmente porque o ponto central e nuclear dessa nova ordem jurídica reside na concretização desses direitos, fazendo com que o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade passe a ser fundamental, ou seja, a Constituição passa a depender, essencialmente, de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação de seu texto.¹⁴

Aliás, muitas das discussões em torno da atuação da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito giram em torno da problemática da sua (i)legitimidade para tanto, ao menos na forma de atuação crescente em que vem se desenvolvendo. Em uma perspectiva original e justificável, Maus parece atribuir uma parcela de responsabilidade pela atual conformação desse contexto à própria sociedade, que, órfã e marcada por certa dose dotada de infantilidade (pela diminuição da consciência de suas relações sociais de dependência), transfere ao judiciário o seu superego¹⁵ (ademais, a autora ressalta a extrema confiança e fé depositadas pela sociedade no Judiciário).¹⁶

Diante disso, externa essa autora o temor do Judiciário como detentor da moral pública, a escapar de qualquer mecanismo de controle social. Nesse sentido, lembra a multiplicação de conceitos de teor moral (como, por exemplo, “má-fé” e “censurável”), os quais acabam dependendo da interpretação judicial no caso concreto para ganharem contornos reais. A crítica à atuação do Tribunal Constitucional é severa em Maus, para quem a Corte se apropria da perseguição de interesses sociais, dos processos de formação da vontade política e dos discursos morais, favorecida pela transformação fundamental do conceito de Constituição que (como também anotou Böckenförde) passa a ser um texto fundamental do qual se deduzem valores.¹⁷

O risco de se transformar a Constituição em uma ordem valorativa é exatamente a indeterminação de seus conceitos, a imprecisão, que inevitavelmente alarga os espaços para a interpretação jurisdicional. Em relação à figura da Constituição e sua evolução histórica, a propósito, recorda Stamato que os Estados Unidos foram a “primeira nação a estabelecer uma Constituição escrita e, posteriormente, desenvolver conceitualmente os atributos a ela inerentes de rigidez e supremacia frente ao legislador”.¹⁸

Outro importante legado do Direito norte-americano e que decore exatamente da ideia de consolidação da supremacia da Constituição é, sem dúvida, o controle de constitucionalidade, que, em apertada síntese, permite ao Judiciário afastar as leis consideradas inconstitucionais. Na doutrina é corrente que a criação do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, o chamado *judicial review*, e a noção de supremacia da Constituição são grande contributo norte-americano para a teoria política e para a teoria da Constituição.¹⁹

¹¹ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 32.

¹² ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático**: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999. p. 65.

¹³ *Idem*, p. 66.

¹⁴ LEAL. *Op. Cit.*, p. 40.

¹⁵ O termo *superego*, ao menos na significação que se extrai do trabalho em apreço, deve-se a Sigmund Freud. Ao apontar a estrutura tripartite da mente, Freud apresenta *Id* (vontades; desejos, impulsos), *Ego* (consciência) e *Superego* (vigilante moral – que de certo modo controla o sujeito e pauta suas ações).

¹⁶ MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000, p. 125-126.

¹⁷ *Idem*, p. 129.

¹⁸ STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

¹⁹ *Idem*, p. 57.

Conta-se como primeiro precedente histórico da possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei o célebre caso *Marbury versus Madison*, em 1803, em que o *Chief Justice* John Marshall sustentou a tese²⁰ de que é imperioso, diante da noção da Constituição com lei suprema, que o Poder Judiciário proceda à declaração de nulidade de qualquer lei ou ato normativo que contra ela atente.²¹

Foi neste caso paradigmático que o *Justice* Marshall, com grande habilidade, “soube traduzir uma questão política em questão jurídica por meio de uma lógica que à primeira vista parece irrefutável. Para ele, o ‘judicial review’ é o corolário, no campo da aplicação das leis, do princípio da supremacia da Constituição”.²²

Mas há outro aspecto igualmente importante no qual reside o mérito e a genialidade da decisão de Marshall: a adequação do *judicial review* à teoria da separação de poderes.

A partir da histórica decisão, portanto, entende-se que “qualquer juiz, no julgamento de qualquer litígio, tem competência para declarar a nulidade de uma lei incompatível com a Constituição já que se trata de norma nula desde o seu nascimento.” Além disso, “Marshall procurou demonstrar que se trata de atividade meramente jurisdicional, que se cinge à aplicação do direito e não sua criação”.²³

De se ressaltar que a própria “ideia de supremacia remete diretamente a uma noção de verticalidade e, portanto, de hierarquia ou superioridade, definindo-se o referencial a partir do qual podemos elaborar juízos de conformidade entre níveis normativos superior e inferior” (sic).²⁴

Como corolário da ideia de supremacia está a nulidade ínsita às normas que contrariem a Constituição:

o fortalecimento da supremacia constitucional remete a constituição ao patamar de *higher law* que tem como consequência lógica “a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer lei de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se esta infringirem preceitos constitucionais”.²⁵

Com efeito, o “judicial review” estava “inserido no esquema de freios e contrapesos, pois não passava de provimento meramente declaratório de nulidade de determinada lei e da sua não aplicabilidade ao caso concreto”.²⁶

No mesmo sentido, destaca-se que

a decisão teve, ainda, o mérito de situar o controle de constitucionalidade das leis dentro do esquema de divisão dos Poderes, ou melhor, dentro do sistema de freios e contrapesos, não admitindo que se tratava de atividade eminentemente política. [...] Outro ponto muito importante para a afirmação do “judicial review” dentro do desenho da Separação de Poderes foi a doutrina das “questões políticas”, segundo a qual há atos de elevada discricionariedade da alçada de altos funcionários do Executivo, que devido à sua natureza política e não jurídica, escapam ao controle pelo Judiciário. A esse Poder só caberia a apreciação de direitos individuais.²⁷

Apesar disso, a chamada lógica de Marshall teve sua força e coerência reduzidas na medida em que se observa que o poder conferido aos juízes transborda o caso concreto, vinculando tribunais e juízes inferiores. Isso ocorre em razão do sistema de precedentes ou *stare decisis*, culminando com uma aplicação *erga omnes*, já que todos os casos semelhantes observarão a *ratio* do precedente.²⁸

De qualquer forma, a nítida separação entre as questões políticas e os direitos fundamentais, após o “New Deal”,²⁹ começou a perder o sentido, a partir do momento em que a Suprema Corte deixou de invalidar as políticas sociais do governo. Instaurou-se a chamada “judicial supremacy”, em que o Judiciário passou a ditar interpretações acerca das cláusulas principiológicas inscritas na “Bill of Rights”, incentivando, por exemplo, a

²⁰ Para essa construção, isto é, para extrair o princípio da supremacia da Constituição, na verdade, o *Chief Justice* Marshall valeu-se do artigo VI da própria Constituição de 1787, recém-promulgada, o qual pregava que a Constituição e as leis elaboradas conforme a sua prescrição configurariam a Lei Suprema do País, tendo as autoridades dos Executivos, Legislativos e Judiciários estaduais e federais o dever de respeitar o documento constitucional. Assim, se nenhuma lei ou tratado poderia contrariar os dispositivos constitucionais, é porque tal documento possui estatura hierárquica superior, tendo natureza de fundamento de validade das demais normas infraconstitucionais, do que também decorre a vinculação dos Poderes Constituídos, inclusive o Legislativo. Em apertada síntese, se a Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas (inferiores), estas não são válidas se a contrariarem, isto é, são nulas, valendo-se o julgador, no caso concreto, simplesmente do adágio de “A Lei superior derroga a inferior”, para que declare a nulidade da norma inferior contrária à Constituição (esta sim, a norma superior). Conforme STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 64-67.

²¹ STEIN, Leandro Konzen. O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade e proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais: evolução da jurisprudência da Suprema Corte. In: GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. (Org.). **Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna**: constitucionalismo contemporâneo. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2008. p. 108.

²² STAMATO. *Op. Cit.*, p. 64.

²³ *Idem*, p. 67.

²⁴ DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (Org.). **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 54.

²⁵ *Idem*, p. 54-55.

²⁶ STAMATO. *Op. Cit.*, p. 67.

²⁷ *Idem*, p. 70-71.

²⁸ *Idem*, p. 72.

²⁹ O New Deal consiste em uma série de programas executados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, além de assistir aos prejudicados pela Crise de 1929.

ação afirmativa.³⁰ As críticas, a partir de então, são no sentido de que à Corte foi atribuído verdadeiro e inédito poder político.

De fato, ao atribuir-se a qualidade de superioridade à Constituição, parece inevitável que se recrudescça o papel do seu guardião, figura identificada exatamente na jurisdição constitucional. Especialmente porque, ao contrário do que depois veio a ocorrer na Europa, com a criação de tribunais constitucionais “ad hoc”, nos Estados Unidos a Suprema Corte integra diretamente a estrutura do Poder Judiciário, funcionando como órgão de cúpula.

Aliado a isso, há o fortalecimento, também, da noção de direitos fundamentais, trazendo à baila os aspectos anotados por Duarte e Vieira:

Com o desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais atribui-se à constituição a característica teleológica de base de proteção aos direitos fundamentais, em especial a certos direitos civis e políticos, e o Poder Judiciário, em razão da própria natureza de sua atividade, acaba por resultar na instituição estatal garantidora dos direitos constitucionais do cidadão, sejam estes direitos opostos contra o Estado, seja contra outros cidadãos – o que dá outro colorido à sua posição de guardião da constituição e justifica-se assim a jurisdição constitucional.³¹

Toda essa evolução, desde o conceito material de Estado Democrático de Direito, aliada ao recrudescimento dos direitos fundamentais e conduzindo a um caráter político da Constituição, passando pela paradigmática decisão do *Chief Justice* John Marshall até a alegada tomada de poder político pela Suprema Corte, pode ser sintetizada, por sua vez, em um fenômeno bastante complexo e com múltiplos significados, conhecido por “judicialização da política”, cujo esclarecimento – que passa pela necessária distinção com a noção de ativismo judicial – constitui o mote do próximo tópico.

2 Judicialização da política x ativismo judicial: distinções necessárias à compreensão da jurisdição constitucional na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito

Difícil – tampouco sensato – negar a razão que assiste a Canotilho quando afirma que “nos últimos tempos parece voltar a reaparecer o interesse doutrinário em torno do poder judicial”.³² Os acalorados debates de que tem se tornado objeto o Poder Judiciário parecem ser devidos, em larga medida, ao papel político que tem exercido em contextos democráticos – e a realidade brasileira não infirma esta assertiva – notadamente o de confrontar decisões dos demais Poderes de Estado.

No Brasil, aliás, tal papel político³³ se viu realçado, de um lado, pelo processo de modernização econômica, marcado pelo intervencionismo do governo no ordenamento jurídico, em especial por intermédio das medidas provisórias e, por outro lado, pela vigência de uma nova Constituição – a Constituição de 1988, que ampliou consideravelmente o elenco dos direitos fundamentais e que, repleta de novos direitos e garantias individuais e coletivas, acabou por conferir a importante e difícil missão ao Judiciário de zelar por esses direitos.³⁴

Para Vianna, o Tribunal começa a migrar, silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, para um de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana.³⁵ Conforme antecipado alhures, esse fenômeno que aponta para um protagonismo inédito da jurisdição constitucional e que em geral é denominado de judicialização da política deita suas raízes no direito norte-americano, desde o paradigmático caso *Marbury v. Madison*, em 1803, tendo sido fortalecido por diversos outros fatores (como a compreensão de supremacia da Constituição e o fortalecimento da noção de direitos fundamentais notadamente após o segundo pós-guerra).

De acordo com a narrativa de Nunes Junior acerca das origens norte-americanas desse fenômeno:

Nos Estados Unidos, a judicialização da política é fenômeno verificado desde o paradigmático caso *Marbury v. Madison*, de 1803, quando a atuação do Poder Judiciário no controle da constitucionalidade das leis passou a exercer um papel de destaque na vida política e social daquele país. [...] Mas foi a partir do século XX que a Suprema Corte norte-americana passou a acolher entendimentos em favor da efetivação dos direitos individuais, notadamente em sede de revisão judicial. [...] Na verdade, a capacidade de os juízes e os tribunais dos

³⁰ STAMATO. *Op. Cit.*, p. 72.

³¹ DUARTE. *Op. Cit.*, p. 71-72.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 573. O autor chega a afirmar um “renascimento” do poder judicial como gerador de delicadas questões jurídico-constitucionais, sintetizando como causas: (1) o problema da legitimação do poder judicial; (2) o problema do autogoverno das magistraturas; (3) o problema da responsabilidade dos juízes; (4) o problema da automovimentação mediática dos agentes do poder judicial.

³³ Como exemplos desse papel político citam-se a atuação dos juízes nas ações ajuizadas em relação ao programa de privatização de estatais nos anos de 1990 e às medidas econômicas adotadas também nesse período. Além disso, a partir da consagração de diversos direitos fundamentais pela Constituição de 1988, o Judiciário tornou-se palco de muitos conflitos, na medida em que tais direitos requerem proteção, o que às vezes implica em decisões judiciais que descontentem os outros poderes.

³⁴ SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 8.

³⁵ VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 53.

Estados Unidos influírem no modo como funcionam as instituições norte-americanas é enorme e parece aumentar com o passar do tempo.³⁶

Interessante evidenciar, todavia, que esse não é um fenômeno exclusivo ou particular do modelo norte-americano; antes pelo contrário, o constitucionalismo europeu, notadamente no segundo pós-guerra, também possui característica bastante ampliativa da atuação dos Tribunais Constitucionais, a partir de fenômenos como constitucionalização do direito, eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais, ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade, ampliação dos conteúdos constitucionais, ampliação dos direitos fundamentais, etc.

Nesse sentido, pode-se afirmar que

A jurisdição constitucional adquiriu, especialmente a partir da segunda metade do século XX – período que se identifica, por sua vez, com o final da II Guerra Mundial e com o conseqüente incremento do papel reservado aos direitos fundamentais dentro dos ordenamentos jurídicos, bem como a consolidação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, de inspiração kelseniana, notadamente nos países europeus e, mais especialmente, na Alemanha, onde o *Bundesverfassungsgericht* passou a ocupar um lugar de destaque no sentido de garantia e de realização desses direitos – uma nova dimensão, mais ativa e ampla do que aquela que lhe era tradicionalmente reservada no contexto liberal, onde lhe cabia, tão-somente, uma apreciação silogística e formal no sentido de preservação da Constituição.³⁷

Em relação a um possível conceito para a judicialização da política, adverte-se para a diversidade existente, embora alguns aspectos dificilmente deixem de ser considerados. Para Ferreira Filho, “consiste a judicialização em atribuir ao Judiciário decisões que, nos termos da doutrina clássica da separação dos poderes, incumbiriam ao Executivo ou ao Legislativo.” Ademais, estas decisões têm caráter político, porque afetam o destino da comunidade (a *polis*) ou orientam em direção a objetivos determinados a máquina governamental, visando ao bem comum.³⁸

Numa perspectiva mais ampla, Nunes Junior entende que a judicialização pode ser contextualizada tanto pela expansão do Judiciário quanto pela propagação de seus métodos para além do âmbito dos Tribunais:

Em resumo, a judicialização da política pode ser contextualizada tanto na expansão da área de atuação dos órgãos do Poder Judiciário, com a transferência de decisões da arena política para a arena judicial, quanto na propagação dos métodos típicos do processo judicial para fora dos tribunais, como a designação de relatores, votos, recursos, audiências públicas e até mesmo o socorro a precedentes.³⁹

De um modo geral, a compreensão e a crítica disseminadas acerca da judicialização da política (que normalmente se mostram ainda restritas e insuficientes) não raro se limitam a apontar para a influência jurídica nas decisões políticas tomadas pelos demais poderes estatais, aliada a uma própria atuação política dos Tribunais.

Interessante destacar, contudo, a advertência (já feita por Schmitt – muito embora ele tenha mais defendido do que advertido para esse caráter político) acerca do caráter eminentemente político da jurisdição constitucional, para cuja elucidação ora se vale das constatações de Queiroz no sentido de que não se pode confundir o caráter (objeto) político da jurisdição constitucional com uma atuação de cunho político, tendo em vista que sua atuação, apesar do caráter político, deve ser jurídica.

Conforme essa autora, a função judicial pressupõe o exercício de um poder político, mas há ressalvas a serem feitas:

Mas uma coisa é a justiça constitucional poder reflectir-se indiretamente na política, influenciando a tomada das decisões políticas, e outra bem distinta é que passe conscientemente a actuar funções de “indirizzo político” em todas ou algumas de suas decisões principais. [...] O “indirizzo político” seria a síntese da constituição “actuada”, uma espécie de “direito constitucional constituído”, um “direito constitucional concretizado”. Neste último caso, os tribunais de justiça constitucional não desenvolveriam uma actividade política “stricto sensu”, não podendo por isso ser considerados como “co-legisladores”, antes procederiam a uma “actuação constitucional” com o fim de relevar o “diálogo” entre as instâncias legislativas e o poder judicial.⁴⁰

Posto isso, elucidativo é o conceito apresentado por Barroso:

judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o

³⁶ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no contexto da Constituição de 1988. In: ARAÚJO, José Cordeiro de (Org.). [et. al.] **Ensaio sobre impactos da constituição federal de 1988 na sociedade brasileira**: consultoria legislativa. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008, p. 755.

³⁷ LEAL. *Op. Cit.*, p. 1.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Constituição de 1988 e a judicialização da política**. *Revista da Procuradoria Geral da República*. n. 9, jul./dez. 1996.

³⁹ NUNES JUNIOR. *Op. Cit.*, p. 743.

⁴⁰ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Lisboa: Coimbra, 2000, p. 284.

Poder Executivo [...]. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.⁴¹

Esse autor também anota que o fenômeno tem causas múltiplas, das quais pelo menos três merecem destaque. A primeira grande causa da judicialização, em termos de realidade brasileira, foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, já que, em síntese, esse processo fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária,⁴² sendo razoável considerar que constitucionalizar uma matéria é transformar Política em Direito. Por fim, a terceira e última causa a ser destacada é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, possibilitando que quase qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser alçada ao Supremo Tribunal Federal.⁴³

Cumprido destacar, nesse contexto, que algumas dessas causas constituem-se quase que em uma tendência universal, sobretudo em termos de constitucionalismo ocidental, ao passo que outras estão intimamente ligadas à realidade brasileira. Dentre os três aspectos apontados por Barroso, nota-se que a constitucionalização abrangente (segunda causa) foi uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978) e potencializada no Brasil com a Constituição de 1988,⁴⁴ enquanto que a redemocratização do país (primeira causa) e a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade (terceira causa) vinculam-se mais diretamente à realidade brasileira.

Assim, verifica-se que a judicialização é um fenômeno ao qual não se pode atribuir (pelo menos não) um único fator responsável. Trata-se de uma consequência de diversos fatores históricos, políticos e sociais.

Em contrapartida, “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, ou seja, trata-se, ao contrário da judicialização, que decorre de um modelo constitucional adotado, de um exercício deliberado de vontade política.⁴⁵

Nesse sentido, assinala-se a crítica e o esforço de Mark Tushnet em demonstrar como o conceito de ativismo é vazio de conteúdo, sendo de difícil especificação:

A recent book describes the Supreme Court in the past few decades as the most activist Court in history. The measure of activism is the number of statutes held to be unconstitutional. Other studies define activism in terms of the willingness to overrule prior decisions. For others, activism occurs when judges depart from the Constitution's text or original meaning. [...]

In light of these diverse definitions of judicial activism, it is hardly surprising that calling a judge an activist has no necessary political valence. Consider, for example, the measure of activism as being a willingness to find statutes unconstitutional. A liberal court presented with legislation adopted by a conservative legislature would be activist if it held many of those statutes unconstitutional. A conservative court presented by legislation adopted a liberal legislature would be activist if it invalidated many of *those* statutes. And, even worse, a court can be activist in a liberal direction and in a conservative one essentially simultaneously. [...]

These observations, which could be supplemented by many others, show that we can use the concept of judicial activism usefully only if we specify the baseline against which activism is to be measured. And, unfortunately, every proffered baseline is likely to be controversial. The political valence of judicial decisions cannot be the baseline, no merely for the reason just given, but also because liberals regard invalidations of conservative legislation as the simple and correct application of the Constitution, and because conservatives hold the same view of invalidations of liberal laws.⁴⁶

Conforme o citado entendimento, portanto, o ativismo judicial não necessariamente guarda relação com um suposto caráter liberal ou conservador de atuação da Corte, pelo que se autoriza a dizer que é o conceito em si vazio de conteúdo e que apenas poderá ser especificado se restarem claras as bases (aspectos) pelas quais está sendo analisado e medido.

Com efeito, feita a devida distinção e, verificando-se que a judicialização decorre de diversos fatores históricos, políticos e sociais e até mesmo de opções em termos de ordenamento jurídico, ao passo que o ativismo decorre de uma opção clara nesse sentido, não há como se admitir a menção indistinta dessas duas posturas em relação à jurisdição constitucional.

Em relação à judicialização da política – cuja ocorrência no Brasil é notória, – há que se ressaltar que não significa, todavia, uma ‘aristocracia judiciária’, incompatível com o sistema representativo previsto na Constituição de 1988. Na verdade, o fato de o ordenamento constitucional brasileiro permitir – cada vez mais – a

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2010. p. 2.

⁴² Como, exemplificativamente, as previsões relativas às matérias tributárias e orçamentárias, bem como o detalhado rol de direitos fundamentais, como tais previstos na Constituição (desde propriedade até vida, saúde, educação, cultura, lazer, etc.).

⁴³ BARROSO. *Op. Cit.*, p. 3-4.

⁴⁴ *Idem*, p. 3.

⁴⁵ *Idem*, p. 5.

⁴⁶ TUSHNET, Mark. **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 416-417.

revisão judicial das decisões majoritárias do Poder Legislativo, por meio de um sistema misto de controle de constitucionalidade, assegurando o respeito aos direitos fundamentais (que se compreendem vinculantes ao Legislador, conforme referido alhures), garante o exercício democrático do poder.⁴⁷

De todo modo, mormente diante da dificuldade para delimitação clara dos conceitos de ativismo e de judicialização e para o enquadramento dos Tribunais entre uma e outra (que não necessariamente se excluem, há que se ressaltar), a presente proposta sempre esteve limitada à apresentação do debate e à anotação de alguns traços distintivos, no sentido de destacar dois importantes fenômenos que envolvem a jurisdição constitucional hodiernamente.

Sendo inegável o protagonismo judicial (seja em razão do ativismo ou da judicialização), críticas não faltam à suposta ilegitimidade democrática da jurisdição para tanto (cujos argumentos levantados nesse sentido também não competem ao presente estudo), de modo que se revela importante a investigação acerca de possibilidades no sentido de sua democratização e legitimação, especialmente a partir da inclusão e participação do cidadão no tratamento dos conflitos, notadamente aqueles relacionados aos temas que envolvem a Constituição e seus conteúdos essenciais. Nesse contexto, pois, é que se abre espaço para a discussão da abertura do processo de interpretação constitucional, que tem como um de seus expoentes o constitucionalista alemão Peter Häberle,⁴⁸ cujas algumas ideias embasam o terceiro e último ponto deste estudo.

3 A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle como mecanismo de democratização da jurisdição constitucional e de participação no tratamento de conflitos

Uma vez posta a questão da evolução da jurisdição constitucional e esclarecidas as distinções entre as principais posturas que se discutem atualmente acerca de sua atuação dotada de um protagonismo inédito, cumpre apresentar, ainda que rapidamente, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, por entender-se ser essa uma possibilidade de amenizar as críticas ao déficit de legitimidade democrática de que é alvo a jurisdição constitucional, sobretudo pela perspectiva inclusiva e participativa que se abre ao cidadão no tratamento dos conflitos, especialmente aqueles que envolvem a Constituição e seus conteúdos fundamentais.

Em apertada síntese, Häberle defende a necessidade de consolidação da ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, segundo a qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional.⁴⁹

Em sua obra, o autor coloca que a teoria da interpretação tem propiciado, sempre, duas questões essenciais: a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional e a indagação sobre os métodos (processo de interpretação constitucional) (regras de interpretação). Contudo, até esse momento, não se havia dado maior significado à questão relativa a um terceiro e novo problema, ou seja, o dos participantes da interpretação.⁵⁰

Dessa forma, o constitucionalista alemão propõe a seguinte tese:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estaduais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausulus* de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (*zünftigmäßige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento de sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...*weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird*).⁵¹

Coloca o autor que até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido a esses chamados “órgãos oficiais”, mas que, na verdade, por ser essa uma atividade que ao menos potencialmente diz respeito a todos, todos podem ser considerados intérpretes constitucionais.⁵²

⁴⁷ NUNES JUNIOR. *Op. Cit.*, p. 745.

⁴⁸ Na verdade, impõe-se a ressalva de que Häberle não é o único a tratar e a defender essa abertura interpretativa – outros autores, como Friedrich Müller, também trabalham neste sentido –; o fato é que, na obra de Häberle, aparece a preocupação não só com o processo interpretativo propriamente dito, mas também com o alargamento do rol de intérpretes, estendendo-o à sociedade e aos cidadãos, para além dos juristas.

⁴⁹ MENDES, Gilmar. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfEvento_en_US/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_.pdf. Acesso em: 31 jul. 2010.

⁵⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11.

⁵¹ *Idem*, p. 13.

⁵² *Idem*, p. 24.

Esse quadro certamente gera dúvidas e críticas, como o problema da legitimação desses “novos participantes” da interpretação constitucional e as consequências para hermenêutica constitucional jurídica, embora a ideia do autor se apresente adequada quanto a esses aspectos, como que antevendo as insurgências. Na verdade, Häberle sustenta que não obstante a (necessária) abertura do processo de interpretação constitucional, a “última palavra” em termos de interpretação ainda caberá à jurisdição constitucional, mas cuja atuação deverá se pautar (corresponder) à atualização pública da Constituição. Por isso se afirma que a jurisdição atuará como filtro da opinião pública. A interpretação como processo aberto (através da ampliação do círculo de intérpretes) tende a contribuir para a integração da realidade no processo de interpretação, já que esses intérpretes em sentido amplo compõem a realidade pluralista. Essa nova orientação hermenêutica, ademais, consegue contrariar a ideologia da subsunção.⁵³

Afirma-se, nesse sentido, que “a *abertura constitucional* permite que os cidadãos, partidos políticos, associações, etc. integrem o círculo de intérpretes da Constituição, democratizando o processo interpretativo [...] e, ao mesmo tempo, concretizando a Constituição”.⁵⁴

Da posição defendida por Häberle resulta que todas as forças fáticas possuem relevância para a interpretação constitucional, constituindo-se em elemento de democratização da tarefa interpretativa, onde ela é compreendida de forma ampla, incluindo todos os participantes da vida política e pública, o que permite uma tradução pluralista.⁵⁵

Convergindo com essa visão, Cittadino admite que a concretização da Constituição, entendida como consenso social sobre valores básicos compartilhados, depende da interpretação do Judiciário, sustentando, em contrapartida, que esse processo envolve também um alargamento do círculo de intérpretes, ao qual deve tomar parte toda a comunidade, democratizando, assim, a hermenêutica constitucional. Em outras palavras, o processo de concretização da Constituição, pelo qual passa a atividade interpretativa, requer tanto a atuação do Judiciário quanto desses novos participantes para os quais se defende o alargamento do círculo de intérpretes.⁵⁶

Arremata Cittadino, em interessante raciocínio, que o protagonismo judicial não precisa invocar o domínio dos Tribunais ou defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário, vez que a própria Constituição de 1988 institui diversos mecanismos em busca da eficácia de seus princípios, cabendo a tarefa de exercê-los à cidadania ativa (juridicamente participativa), que não obstante dependa da atuação dos tribunais, depende antes disso e muito mais do nível de pressão e mobilização política que sobre os Tribunais se fizer.⁵⁷

Dessarte, destacam-se pelo menos duas contribuições a partir do referencial exposto, no sentido de que a abertura do processo interpretativo-constitucional a partir do alargamento do círculo de intérpretes mostra-se, de um lado, uma possibilidade de democratização da atividade interpretativa jurisdicional (por permitir a inclusão de todos os participantes da vida política e pública) e, de outro, uma forma de exercício da cidadania ativa a unir esforços com a jurisdição constitucional para lançar um novo olhar ao tratamento dos conflitos e para concretizar, cada vez mais, a Constituição.

Considerações finais

O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito pode ser facilmente associado ao desenvolvimento da própria sociedade e ao recrudescimento das noções de Constituição e de direitos fundamentais, traçando os contornos que determinam hoje a atuação da jurisdição constitucional, cujo papel tímido e formal desempenhado no modelo liberal vê-se ampliado na passagem para o Estado Democrático de Direito, ao assumir a Constituição uma função principiológica – deixando abertos os conteúdos possíveis de serem abarcados por seu texto, mormente na determinação dos direitos fundamentais.

Dentro deste novo contexto, marcado pelo fenômeno de constitucionalização do Direito, as decisões sobre as questões constitucionais, cada vez mais amplas e complexas, passam a ser entregues ao Judiciário, especialmente porque a Constituição passa a depender de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação de seu texto, cuja indeterminação e imprecisão alargam inevitavelmente os espaços para a interpretação jurisdicional.

Quanto à atuação da jurisdição constitucional hodierna, destacam-se duas posturas que se costumam atribuir à forma de atuação dos Tribunais Constitucionais: a chamada judicialização da política e o ativismo judicial, que, embora nem sempre diferenciados, possuem causas e efeitos distintos. Em resumo, a judicialização decorre de diversos fatores históricos, políticos e sociais e até mesmo de opções em termos de ordenamento jurídico, ao passo que o ativismo decorre de uma opção (embora não necessariamente e nem sempre tão “clara”) nesse sentido, não sendo adequada, portanto, a referência indistinta a esses dois termos.

⁵³ HÄBERLE. *Op. Cit.*, p. 30

⁵⁴ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 31.

⁵⁵ LEAL. *Op. Cit.*, p. 117-122.

⁵⁶ CITTADINO. *Op. Cit.*, p. 23.

⁵⁷ *Idem*, p. 39.

De qualquer forma, enquanto guardião da Constituição, o Judiciário deve fazê-la valer exatamente em nome dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos, ainda que em face dos outros Poderes e em eventual atuação contramajoritária, o que só tende a fortalecer a democracia (cuja ideia identificada apenas com as escolhas da maioria encontra-se superada).

O protagonismo inédito dos Tribunais na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito pode até ser compreendido, em última *ratio*, como um mal necessário, mas de todo modo não pode ser negado, pelo que se impõe a necessidade de reflexão sobre mecanismos cada vez mais democráticos, que permitam ao cidadão inserir-se no processo de interpretação constitucional.

Assim é que a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle aparece como referencial para a abertura e democratização do processo de interpretação constitucional, entendendo-se ser essa uma possibilidade de se amenizarem as críticas ao déficit de legitimidade democrática de que é alvo a jurisdição constitucional, abrindo-se uma nova perspectiva (inclusiva e participativa) para o tratamento dos conflitos, especialmente aqueles relacionados à Constituição e a seus conteúdos fundamentais.

A teoria häberliana, ao defender uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, segundo a qual o seu círculo de intérpretes deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais no processo interpretativo, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade, mostra-se, de um lado, uma possibilidade de democratização da atividade interpretativa jurisdicional (por permitir a inclusão de todos os participantes da vida política e pública num processo que tradicionalmente se caracteriza como eminentemente fechado) e, de outro, uma forma de exercício da cidadania, que, ao se aproximar da jurisdição constitucional, permite que se lance um novo olhar ao tratamento de conflitos e para a concretização da Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático**: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

APPIO, Eduardo. **A judicialização da política em Dworkin**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas>>. Acesso em: 13 out. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (Org.). **Teoria da mudança constitucional**: sua trajetória nos Estados Unidos e Europa. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. **Revista da Procuradoria Geral da República**. n. 9, jul./dez. 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: **Novos Estudos**, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.

MENDES, Gilmar. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfEvento_en_US/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3.pdf. Acesso em: 31 jul. 2010.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no contexto da Constituição de 1988. In: ARAÚJO, José Cordeiro de (Org.). [et. al.] **Ensaio sobre impactos da constituição federal de 1988 na sociedade brasileira**: consultoria legislativa. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2008.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Lisboa: Coimbra, 2000.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STEIN, Leandro Konzen. O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade e proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais: evolução da jurisprudência da Suprema Corte. In: GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. (Org.). **Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna**: constitucionalismo contemporâneo. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2008.

TUSHNET, Mark. **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

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

Recebido em: 29 de abril de 2012

Aceito em: 03 de março de 2013