

**FRONTEIRAS ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA:
uma breve aproximação ao tema da politização do Poder Judiciário no Brasil**

**FRONTERAS ENTRE EL DERECHO Y LA POLÍTICA
una breve aproximación al tema de la politización del Poder Judicial en Brasil**

Sara Maria de Andrade Silva¹

RESUMO

O presente artigo tem como fim apresentar um breve panorama histórico e sociológico do fenômeno da politização do Poder Judiciário no Brasil, bem como relacioná-lo ao processo de transformações do Estado e do Direito, advindo com o surgimento do *Welfare State*. Tais processos históricos se somam ao esgotamento da tradição formalista de interpretação e aplicação da norma pelos tribunais, gerando a necessidade de se construir uma nova postura interpretativa da lei, agora intimamente relacionada com sua aplicação e realizada à luz da concretização de direitos, rumo ao alcance de suas finalidades. Em conclusão, observa-se que o encontro entre o universo do Direito e o universo da Política resulta como inevitável e que responde a um processo histórico e social que extrapola a esfera estritamente jurídica.

Palavras-chave: Direito; Política; Politização do Judiciário.

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad presentar un breve panorama histórico y sociológico del fenómeno de la politización del Poder Judicial en Brasil, así como relacionarlo al proceso de transformaciones del Estado y del Derecho, advenido con el surgimiento del *Welfare State*. Tales procesos históricos se suman al agotamiento de la tradición formalista de interpretación y aplicación de la norma por los tribunales, generando la necesidad de construirse una nueva postura interpretativa de la ley, a día de hoy íntimamente relacionada con su aplicación y realizada a la luz de la concretización de derechos, rumbo al alcance de sus finalidades. En conclusión, observarse que el encuentro entre el universo del Derecho y el universo de la Política resulta como inevitable y que responde a un proceso histórico y social que extrapola la esfera estrictamente jurídica.

Palabras-clave: Derecho; Política; Politización del Judicial.

¹ Graduada em Direito e Mestre em Ciência da Informação pela UFPB. Aluna do Programa de Doutorado em Direito da UFPE, Linha de Pesquisa “Direito e Linguagem”. Aluna do Programa de Doutorado em Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad de Zaragoza (Espanha) e do Programa de Doutorado em Ciências Historico-Juridicas da Universidade de Lisboa (Portugal).

1 INTRODUÇÃO

Vivemos hoje em um período tido por muitos como um momento de transição, no qual se constata a certeza das mudanças e, ao mesmo tempo, as incertezas de um novo tempo. Numa era com traços ainda a definir, o que resta claro é que as grandes marcas distintivas da modernidade estão desaparecendo, configurando um estado histórico transitivo no qual nem a modernidade é a mesma, nem um novo tempo já se inaugurou.

Para além desta transição de padrões epistemológicos, algo efetivamente tátil anuncia o presente momento histórico como um período que exige novas posturas e reflexões. No mundo empírico, o surgimento de novos problemas, bem como o agravamento de antigas adversidades sociais colocam em causa os pilares e idealizações do movimento ilustrado. Enfim, o desencanto que hoje experimentamos questiona o próprio projeto político e jurídico moderno, atualmente incapaz de gerir muitos dos males de nosso século.

Com tudo isso, fala-se em *crise* do Direito desde meados do século XX, julgamento esse que se converteu em modismo a partir de então. Todas as teses universalistas e abstratas advindas da modernidade e até então vigentes se converteram em promessas de difícil concretização, de tal modo que, com a crise e a transição que se instaura, muitos valores estão sendo revisados pelas motivações das mais diversas, sejam elas de natureza teórica, política ou ideológica. Incluída neste conjunto de revisões, está a busca por um substituto seguro ao paradigma jurídico moderno e tradicional, algo que possa, como bem assinala João Maurício Adeodato (2002, p. 53), nortear a ação política e a elaboração das normas jurídicas. Isso porque, em síntese, a ‘crise do poder’ nada mais é que a ‘crise de legitimidade do poder’, poder este que se liga intimamente ao Direito, pois é mediante o monumento jurídico que o poder formal adquire respaldo e assume, ideologicamente, a representação da ordem (AGUIAR, 1990).

É dentro deste cenário que elegemos o tema que aqui se apresenta, qual seja um estudo que se reporta a alguns debates clássicos da ciência e da prática jurídicas no que tange ao papel do Direito na sociedade e de como ele deve ser aplicado. Em particular, trataremos do contexto da **‘politização do Poder Judiciário’**, debate que surge sempre que se percebe uma espécie de mudança na prática judicial em face de problemas antigos ou de temas emergentes, próprios das condições concretas de nosso tempo e que se revelam como estranhos à ‘agenda dos conflitos jurídicos’ até então conhecida. Diante de tal cenário, o Judiciário hoje enfrenta novos desafios no campo da decisão jurídica e da sua legitimação institucional, ao mesmo tempo em que vem sendo cada vez mais evocado para dar solução aos problemas mais complexos da existência humana, fazendo de seu protagonismo alvo de críticas e aplausos.

2 O FENÔMENO DA POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: UM OLHAR PRELIMINAR

2.1 Delimitação do Problema

O momento de contradições em que se encontra o Poder Judiciário nos dias atuais nos leva a identificar um contexto adverso que delinea o esgotamento do modelo judicial vigente, atingindo a autoridade e a credibilidade da justiça de maneira fulminante. Esse contexto pode ser considerado à luz do diagnóstico de uma suposta “crise da justiça” que, dentre outros fatores, tem na explosão de litigiosidade - decorrente da profusão de leis e direitos - a razão que levou o Judiciário a se converter numa entidade produtora de “respostas burocráticas”, aniquilando seu potencial criativo e sua capacidade de oferecer soluções jurídicas mais atentas às expectativas sociais nas suas funções básicas¹.

Assim, desafios como o da auto avaliação do Poder Judiciário, no sentido verificar sua capacidade de responder a estímulos externos, de atender a critérios mínimos de eficiência e de lidar com novos problemas a partir de um sistema jurídico superado, estão se impondo com urgência crescente. Na perspectiva aqui apontada, a racionalidade jurídica tradicional e suas teses explicativas passam por um momento de revisão crítica, na qual a reprodução dos modelos de resolução de conflito, da postura institucional isolacionista dos tribunais e do padrão de pensamento cartesiano se mostram esgotados frente a temas e conflitos emergentes ou ao agravamento de problemas já clássicos.

Por outro lado, observa-se o crescente protagonismo do Poder Judiciário na cena social e política dos mais diversos países, gerando o que se costuma denominar como encontro entre o Direito e a Política no domínio de temas e conflitos que antes estavam a salvo da intervenção do Poder Judicial².

Circunstância típica deste encontro é a transcendência dos limites tradicionais quando o Judiciário é instado a se posicionar diante de casos de elevada complexidade e que trazem em si implicações econômicas, políticas, éticas ou sociais. Nestas ocasiões, dada a obrigatoriedade de oferecer a prestação jurisdicional, os tribunais acabam sendo desafiados a praticar uma criatividade decisória que recorre ao seu próprio julgamento político de questões controvertidas. Nestes casos, muitas vezes os tribunais sofrem as acusações de ‘ausência de neutralidade’ ou de transpasse dos limites de suas funções, ataques que configuram o discurso desqualificador de sua atuação enquanto poder legítimo³.

A questão acima descrita, contudo, não tem fácil desenlace. Se os tribunais não atuam nesta direção e preocupam-se em proteger-se de acusações retaliadoras às suas intervenções, correm o risco de se tornar socialmente irrelevantes, de perderem credibilidade perante a sociedade e de elevarem ainda mais o índice de desconfiança que já se projeta sobre eles.

Como consequência, e segundo risco, as instituições judiciárias ainda podem testemunhar o aumento do percentual de litígios que não seriam levados aos seus tribunais e que findariam recorrendo a resoluções próprias e alheias a qualquer controle oficial.

Daí que o atual estágio coloca o Poder Judiciário em situação, no mínimo, de desconforto, posto que o seu papel não pode seguir reproduzindo a postura tradicional, tampouco bem se acomoda a uma atitude mais ousada, que não passa sem críticas e sem questionamentos sobre sua legitimidade.

Dado que a ampliação das questões judicializáveis leva a um inevitável avanço do Poder Judiciário aos diversos âmbitos da vida social, certamente um novo fenômeno se experimenta e que, essencialmente, promove o já referenciado encontro entre o Direito e a Política.

Em face da relevância que esse tema possui para o desenvolvimento do presente trabalho, dedicar-lhe-emos um apartado específico, tarefa a se realizar no item a seguir.

2.2 Aproximações entre a Política e o Poder Judiciário: aspectos conceituais essenciais

Uma das faces do encontro entre o Direito e a Política se dá com o que se convencionou denominar de processo de ‘judicialização da política’. Como uma espécie de “*espelho*” deste fenômeno, outro processo também pode decorrer do mesmo encontro, qual seja o fenômeno da ‘politização da justiça’. Neste sentido, podendo ocorrer confusões no desenho que cada situação acarreta, aqui intentaremos esclarecer brevemente os traços ou características de sua configuração, com vistas a demarcar cada um dos fenômenos citados.

O fenômeno da *judicialização da política* (e/ou das relações sociais) tem a ver com a ampliação das funções e da discricionariedade do Poder Judiciário enquanto escudo da sociedade e como entidade de controle dos demais Poderes (controle de mérito dos atos administrativos, da condução de políticas públicas e da legalidade ou constitucionalidade das leis). Ou seja, trata-se da incorporação de temas que antes eram objeto de controle apenas dos Poderes Legislativo e Executivo e que agora passam ao âmbito de controle jurisdicional, atingindo a teoria clássica da separação de poderes.

Já a *politização da justiça* se refere à incidência de interesses políticos e visões de mundo pessoais/de classe na condução dos assuntos da justiça, a exemplo da escolha de seus integrantes por critérios pessoais ou ideológicos, ou o uso das decisões judiciais como armas de luta que escapam aos efeitos burocráticos e processuais de cada sentença. Para os fins deste estudo, o que denominaremos “politização do Poder Judiciário” (ou da justiça) é o encontro entre o universo do Direito e o universo da Política em sentido amplo e que abarca os dois fenômenos reflexos acima descritos.

Nestes dois casos, pode-se perceber um encontro entre as fronteiras do Direito e da Política, o que, naturalmente, não resulta em opiniões pacíficas. Daí, temos como consequência a profusão de debates e polêmicas que até o presente momento não encontram conciliação, mas que se consagram em dois grandes posicionamentos.

Segundo estudo realizado sobre o tema através de pesquisa desenvolvida pela Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales del México (ANSOLABEHERE, 2005), para uns, a politização do Judiciário tem sentido positivo, visto que regula as paixões dos demais Poderes e garante os direitos dos mais vulneráveis. Aqui podemos falar de uma espécie de “poder judicial máximo”, no qual os juízes são a reserva de racionalidade que contem os excessos e perigos da Política. Para outros, a politização do Judiciário é um risco à estabilidade dos regimes democráticos, dado que

(...) no es deseable que, en muchos casos, la ultima palabra la tengan funcionarios no electos que son los jueces. (...) La política y las políticas, son racionales, representación de la pluralidad de intereses que constituyen la base de la democracia (...). (ANSOLABEHERE, 2005, p. 44).

Neste caso, para os partidários do “poder judicial mínimo”, o perigo reside exatamente nas instituições decisórias, que nem sempre são garantia de imparcialidade ou de defesa do Estado Democrático de Direito.

Essas e outras questões põem em relevo os vários aspectos da politização do Poder Judiciário, alcançando desde o dever de imparcialidade do julgador até os aspectos que trazem a discussão para o âmbito da teoria da interpretação jurídica (a exemplo da exigência de se decidir com base em parâmetros estritamente legais e de afastar-se da postura arbitrária que decorreria de critérios pessoais ou ideológicos do magistrado). Outrossim, coloca-se em evidência a necessidade de manter a autonomia dos demais Poderes no exercício de suas funções clássicas, de modo a preservar a teoria da separação como requisito para que nenhuma entidade ou governo exorbite no poder que possui por acúmulo de funções⁴.

No que tange a este tema, Leal (2010) assinala que, historicamente, essa alteração na idealização clássica de Montesquieu quanto à separação de poderes se refere ao surgimento do *Welfare State* e suas consequências no jogo de relações do Estado. Estas mudanças tiveram repercussões no âmbito interno ou funcional do Poder Judiciário, assim como alterações externas ou institucionais.

No primeiro eixo de mudanças (internas ou funcionais), observa-se uma ampliação do campo clássico de atuação dos Tribunais, de modo que se dá uma passagem do papel de mero *cumpridor* da decisão política do Estado para o papel de *controlador* de tais decisões. Tal controle pode se dar sob duas formas: a primeira diz respeito ao “*controle da constitucionalidade das leis*”, emanadas pelo Poder Legislativo e, em pequena medida, pelo Poder Executivo, quando possui autorização e competência para legislar em relação a algumas matérias ou situações. Neste caso, o Poder Judiciário representa o papel de ‘intérprete último da Constituição’, exercendo um controle político sem precedentes na história da relação entre os três Poderes. Já na segunda forma de controle, o “*controle dos atos administrativos*”, o Judiciário vigia, orienta e corrige a atuação da administração pública em geral, seja de forma preventiva, concomitante ou subsequente.

Em relação ao segundo eixo de transformações (externas ou institucionais), verifica-se que, pelo aumento de produção legislativa para cumprir as exigências do intervencionismo estatal (com seu teor geral e principiológico), um elevado grau de discricionariedade se instaurou nas decisões judiciais. Isso afastou a clássica neutralidade dos juízes, uma vez que se estabelece grande abertura no campo da interpretação dos conceitos indeterminados da lei, bem como a necessidade de inovação jurídica e judicial para tratar dos novos casos concretos.

Contudo, o mais profundo efeito de todas estas transformações internas e externas que alcançaram o Poder Judiciário é o de que as decisões judiciais passam a ser cada vez mais motivadas por finalidades e consequências práticas a serem atingidas (preocupação típica do universo da Política) e menos pela argumentação baseada em premissas jurídicas de natureza técnica ou legislativa. Isso nos remete ao tema das transformações do Estado e do Direito, que muito pode contribuir para a compreensão do fenômeno aqui estudado, no contexto dos aspectos históricos da judicialização da política e da politização da justiça como veremos a diante.

Assim, o atual fenômeno aqui destacado nos remete a questionar e refletir sobre alguns aspectos estruturantes do pensamento jurídico e político, por uma parte, e histórico e sociológico por outra, inclusive sobre quais os efeitos de uma mudança na coordenação entre

os Poderes para o arranjo político-constitucional do Estado e se existe um novo tipo de constitucionalismo.

Contudo, importa registrar que as respostas possíveis a este debate não são obtidas mediante fórmulas simplificadoras que nos permitem visualizar o fenômeno de forma resolutive, tampouco estática. Antes de termos o assunto por resolvido, necessário se faz nos aprimorarmos ainda mais da compreensão sobre as relações entre Política e Direito, de modo que esse novo cenário se explique e que essa possível mudança político-constitucional seja entendida, com suas conseqüentes formas de legitimação do poder e de atuação de suas instituições.

2.3 O Encontro entre o Direito e Política: breves interseções teóricas e empíricas

Na concepção tradicional, Direito e Política estão unidos apenas no plano de sua criação, dado que o direito é um produto do processo constituinte e do processo legislativo, ou seja, da vontade das maiorias. Portanto, o direito seria um dos principais produtos da política, da mesma forma que também seria, a um só tempo, o instrumento de legitimação e limitação do próprio poder político.

Já no plano empírico (ou da aplicação), os dois domínios estariam nitidamente separados. Daí resulta a equação do Estado de Direito no qual está clara a função de legislar, de administrar e de julgar. Nestas três tarefas, a tradição ressalta que a atuação dos juízes e dos tribunais deve estar a salvo do contágio político, garantindo-se a independência do Judiciário em relação aos demais Poderes e fazendo do direito um mundo autônomo (formalismo jurídico).

Sendo uma separação necessária ao Estado Constitucional Democrático, a teoria tradicional ainda ressalta que enquanto na política vigoram a soberania popular e o princípio majoritário (domínio da vontade), no direito vigora o primado da lei e o respeito aos direitos fundamentais (domínio da razão).

A Constituição seria então o elemento de interface entre o universo político e o campo jurídico, pois é a carta constitucional que institui os Poderes do Estado, distribuindo suas diversas competências. Assim, enquanto que o Executivo e o Legislativo exercem papéis essencialmente políticos e dependentes do processo majoritário, ao Poder Judiciário são reservadas as atribuições fundamentalmente técnicas. Seus membros não são eleitos e os juízes, regra geral, ingressam na carreira mediante concursos públicos. Sua atribuição típica é

a aplicação do direito aos casos concretos, de modo que o julgador faz neles prevalecer a solução abstratamente prevista em lei.

No entanto, na sua pretensão de autonomia frente à Política, o Poder Judiciário apenas pode obtê-la, ao menos em tese, quando diante do julgamento de conflitos ou disputas entre particulares. Por outro lado, ao atuar sobre a validade de atos estatais ou quando o Estado é uma das partes envolvidas no litígio, a questão ganha maior complexidade, a exemplo do que adverte Luís Roberto Barroso (2010a, p. 19), no fragmento transcrito a seguir:

(...) É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Nestes casos, juízes e tribunais sobrepoem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.

Com vistas a proteger a atuação judicial da influência “*inadequada e imprópria*” da política, reza a doutrina tradicional que os órgãos judiciais não podem exercer ‘vontade própria’, mas sim hão de atuar na realização da vontade política majoritária, expressa pelo constituinte e pelo legislador.

Aqui temos um dos dogmas das democracias contemporâneas, qual seja o dogma da ‘independência do Poder Judiciário’, segundo o qual a justiça estaria protegida de pressões políticas, bem como apta a atuar com isenção, tendo a “*independência e imparcialidade como condições para um governo de lei, e não de homens*” (Idem, p. 20).

Outro aspecto que manteria o direito blindado de influências políticas seria o da vinculação do Poder Judiciário ao direito posto e à dogmática jurídica. Daqui podemos depreender que o direito não nasceria da vontade do julgador, tampouco dele se inventaria. Ao contrário, o papel do juiz seria aplicar as normas que já foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador e mesmo quando atuasse no papel criativo da aplicação do direito ao caso concreto, isto apenas se daria à luz dos valores compartilhados pela sociedade, em cada tempo e lugar. Com isso, o trabalho do magistrado não incluiria escolhas livres ou arbitrárias, mas sim uma atividade vinculada à norma preexistente ou a tais princípios compartilhados.

Contudo, pouca adesão tem hoje a crença de que as normas jurídicas trazem em si um significado único e objetivo, apto a ser meramente aplicado pelo julgador. Ao contrário, há mais consenso na doutrina contemporânea no sentido de que a interpretação e aplicação do direito envolvem elementos volitivos e cognitivos, cabendo ao Poder Judiciário interpretar a

norma, bem como fixar seu alcance, vinculando os demais Poderes. Daí que esta ‘supremacia judicial’ quanto à determinação do direito carrega em si o exercício de um verdadeiro poder político.

Na concretude, portanto, as relações entre o Direito e a Política são muito mais intensas do que se imagina. Suas órbitas se cruzam e podem, às vezes, se contrapor, colocando em risco a justiça ou a segurança jurídica de um lado, ou a soberania popular e a legitimidade democrática de outro.

Daí que, na prática judicial, existem pontos de contato que fazem se encontrar as duas esferas que aqui estudamos. Em razão disso é que, no exercício da interpretação e aplicação do direito, foram caracterizados três casos que hoje se encontram no centro do debate sobre as possibilidades que se abrem para o encontro entre Direito e Política.

Os três casos que vamos aqui brevemente apresentar se enquadram na categoria geral chamada de “casos difíceis”, dado que envolvem uma operação complexa de análise do efeito jurídico decorrente da incidência da norma. Neles não existe uma solução única e acabada dentro do ordenamento jurídico posto, de modo que tal solução precisa ser construída argumentativamente e, muitas vezes, pensada politicamente.

Como assinala Barroso (Op. Cit.), esses casos são aqueles que recaem nos aspectos da (i) ambiguidade da linguagem, do (ii) desacordo moral e da (iii) colisão de normas.

O primeiro ponto de contato que merece aqui destaque é aquele estabelecido pela *linguagem aberta dos textos jurídicos (ambiguidade da linguagem)*. Dado que a norma se utiliza de inúmeras cláusulas abertas com princípios ou conceitos jurídicos indeterminados, inevitável é a ampla área de sentidos que se submetem a valorações que ingressam num elevado grau de subjetividade. Isso ainda se intensifica quando se trata de princípios constitucionais com grande carga axiológica, abrindo espaço para as diversas valorações do intérprete, mesmo que possamos lançar mão de certezas positivas ou negativas sobre o que significa ou deixa de significar cada princípio.

O segundo aspecto que aproxima o Direito da Política se refere ao número de concepções igualmente consistentes e que podem conviver a respeito de um mesmo tema. A isso se convencionou denominar de ‘*desacordos morais razoáveis*’, encontrados em sociedades pluralistas e diversificadas. Nestes desacordos, mesmo os mais especializados e fiéis a regras rigorosas de interpretação podem pensar de maneira diametralmente oposta, sem qualquer conciliação possível sobre temas que carregam em si imensa complexidade, dando margem a construções hermenêuticas distintas.

Finalmente, o terceiro aspecto que fomenta o contato entre Direito e Política é a *colisão de normas constitucionais*, visto que as Constituições são pactos compromissórios que consagram uma pluralidade de interesses, direitos, princípios e valores eventualmente contrários. Em qualquer caso de eventual colisão, o intérprete não poderia escolher a seu gosto qualquer um dos lados existentes, posto que isso feriria o princípio da unidade da Constituição, já que não há hierarquia entre normas constitucionais.

Sendo assim, o intérprete deve demonstrar argumentativamente suas razões - à luz dos elementos do caso concreto -, e a sua escolha - mediante a ponderação e o uso da proporcionalidade -, procurando a solução que mais bem realiza a vontade da Constituição. Na hipótese de ter que recorrer a elementos externos ao direito posto, o intérprete poderá lançar mão de vários âmbitos do conhecimento, como a Filosofia Moral e a Filosofia Política, em busca da melhor compreensão da justiça para cada caso e da legitimidade de suas decisões.

Para além destes aspectos, a aproximação entre Direito e Política também se dá em razão das *circunstâncias e das influências políticas* a que o julgamento do aplicador do direito está submetido. Como bem acentua Barroso (2010b, p. 28), “*no modelo idealizado, o direito é imune às influências da política, por força de diferentes institutos e mecanismos. Basicamente, eles consistiriam: na independência do Judiciário e na vinculação do juiz ao sistema jurídico*”. Contudo, na posição oposta, encontramos o ‘modelo cético’, cujo posicionamento é de descrença quanto à autonomia do Direito em relação à Política ou aos fenômenos sociais em geral. Dentre os céticos, podemos destacar movimentos teóricos de expressão, a exemplo do Realismo Jurídico e da Teoria Crítica do Direito. Neste quadro de compreensão, as decisões jurídicas são descritas como realmente são e não como deveriam ser, de modo que tanto elas refletem as preferências pessoais dos juízes (realismo), quanto são essencialmente políticas (teoria crítica).

Por outro lado, e escapando às duas posições extremadas para a compreensão das relações entre o Direito e Política, Barroso ainda destaca o ‘modelo real’, que carrega uma característica híbrida entre os dois modelos em oposição. Nesta perspectiva, o Direito deve mesmo buscar sua autonomia em relação à Política. Contudo, a realidade indica que essa autonomia será sempre relativa, pois decisões judiciais carregam em si o reflexo de fatores extrajudiciais, como os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política ou institucional. Daí que, muito embora o esforço para se delinear uma separação nítida entre os dois universos, constata-se que seu relacionamento é inevitável e intenso.

3 CARACTERÍSTICAS SÓCIO-HISTÓRICAS DA POLITIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL FACE AO DESENVOLVIMENTO DO *WELFARE STATE*

3.1 Aspectos Gerais da Politização do Poder Judiciário no Brasil

Nos estudos sobre a politização do Poder Judiciário no Brasil, encontramos referências que revelam o crescente envolvimento da Justiça com as questões sociais, bem como sua cada vez mais elevada preocupação com a efetividade dos Direitos Humanos.

Fazendo uma breve recuperação do estado da arte dos estudos sobre o tema em nosso país, pudemos vislumbrar que estes ganharam fôlego apenas a partir dos anos 90, em grande parte estimulados pela nova realidade constitucional implantada através da Carta de 1988, na qual se atribuía ao Judiciário um papel de destaque dentro do cenário político nacional. Estes estudos podem ser agrupados em três grandes tendências: (i) aquela que acentua a tensão entre Constitucionalismo e Democracia, num momento histórico em que a grande preocupação era a consolidação democrática no país; (ii) aquela que destaca a judicialização da política enquanto uma tendência mundial e (iii) aquela que realça a aplicação das abordagens neoinstitucionalistas sobre o Poder Judiciário brasileiro (PACHECO, 2008).

No primeiro eixo de estudos, destacam-se os trabalhos de Vieira (1994), Arantes (1997) e Carvalho (2000), cujas reflexões partiram da reestruturação do controle de constitucionalidade e seu conseqüente impacto político nas relações entre os Poderes do Estado⁵.

Por se basear essencialmente no controle de constitucionalidade brasileiro, este eixo de estudos revela sua insuficiência por não utilizar categorias políticas de análise, resultando em algo excessivamente formal. Assim, “*acabam por não situar a Corte enquanto instituição política inserida dentro de um processo político, no qual a interação e o diálogo com outras instituições é constante*” (PACHECO, Op. Cit., p. 83).

Já no segundo eixo de estudos, que destacam a *judicialização da política enquanto uma tendência mundial*, a partir da década de 90, encontramos algumas pesquisas que apontam para o impacto político de nosso Supremo Tribunal Federal na construção da democracia, dado seu importante papel como guardião da Carta Constitucional e dos direitos da pessoa humana. Neste viés de reflexão, destacam-se os estudos de Vianna *et al* (1999), cuja ênfase está em apontar a presença da judicialização da política no Brasil a partir de

alguns pressupostos históricos, sobretudo relativos ao *Welfare State*, ao caráter expansivo da cidadania e à adoção do modelo concentrado de controle de constitucionalidade.

Por não questionar a judicialização da política no Brasil, partindo disso como um pressuposto válido, este eixo de estudos também revela suas insuficiências. Ao se posicionar sobre a matéria, Pacheco (2008) considera que é preciso indagar se é possível falar em judicialização da política no Brasil, bem como se devemos levar em consideração as respostas produzidas pelo Poder Judiciário, independentemente de serem favoráveis ou não às ações impetradas, diferentemente do que preferiu Vianna.

Finalmente, no terceiro e último eixo de estudos (aqueles que realçam a aplicação das *abordagens neoinstitucionalistas* sobre o Poder Judiciário brasileiro), temos contemplado o tema do comportamento judicial, a partir da Ciência Política norte-americana, cujos estudos se iniciaram em meados do século XX, com C. H. Pritchett (1948). Sua contribuição abriu caminho para que, nos anos 60, pudesse ser aplicada a teoria behaviorista nos fenômenos jurídicos, partindo-se do pressuposto de que a concepção de mundo e o sistema de hierarquia de valores dos juízes são elementos influenciadores de suas decisões⁶. Sem levar em conta processos políticos sociais mais gerais, esta abordagem se fixa na análise individual de cada magistrado, o que aponta seu alcance apenas parcial quanto ao tratamento do tema.

Com tudo isso, observa Pacheco (Op. Cit., p. 84) que, no Brasil, estes esforços ainda se encontram em estágio de incompletude, posto que não basta apenas indicar as oscilações e ambiguidades dos poderes e das decisões do Supremo, nem pretender tirar delas um sentido geral. Tampouco devem tais estudos se resumir à intervenção ativista dos juízes na política ou de seu apoio às políticas governamentais. Mais do que isso, necessário se faz examinar as próprias decisões do STF, considerando-as em sua totalidade, ou seja, no seu quadro histórico e sociológico, assim como no seu referente filosófico enquanto paradigma de racionalidade potencialmente emergente.

Daí que, na próxima seção, vamos nos dedicar às características sócio-históricas da politização do Poder Judiciário no Brasil, com vistas a rememorar seus antecedentes mais remotos e próximos e, assim, compreender o fenômeno na sua perspectiva de uma realidade ainda em desenvolvimento, na condição de construção histórica e social que encerra.

3.2 Características Sócio históricas da Politização do Poder Judiciário no Brasil

De tudo o que foi acima apresentado, observa-se que o tema não possui uma condição que lhe permita análise plena e definitiva. Ao contrário, muitos são os aspectos já

considerados e a considerar, o que torna a problemática aqui delineada um objeto de permanente visitação, possuindo caráter dinâmico e, talvez, de perenes questionamentos.

Na tentativa de melhor compreender as características que envolvem o fen meno no Brasil, verificamos que, de partida, um traço em particular merece primeiro registro, dado que muitos dos juízes de nossa magistratura, agora “politicada”, são os mesmos de outrora e que seguiram a orientação tradicional do Poder Judiciário, antes da denominada politização da justiça em nosso país.

Ao examinar este traço característico, constatamos que o ponto de partida da grande viragem na postura deste Poder Institucional está no processo de transição para a democracia no Brasil, bem como na “mudança de rota” que este processo assumiu, de modo que, em vez de partidos políticos e grupos sociais engajados com o ideal republicano, assumem a direção as lideranças de mercado, sob o pretexto de ajustar os rumos do país às exigências da globalização.

A consequência desta “dissipação” foi o verdadeiro desalinhamento entre a nova realidade e o ideal traçado em termos de projetos pelo novo arcabouço constitucional, ou seja, entre a agenda liberal e a filosofia política da Constituição Federal de 1988. Com isso, nasce uma tensão entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo que se radicaliza, entre outros fatores⁷, em virtude da imposição, por parte do Executivo, da racionalidade econ mica aos valores e às instituições da ordem racional-legal (VIANNA, 1999, p. 10).

Para implementar o projeto do “livre mercado”, porém, necessário se fazia uma política que oferecesse as condições de seu desenvolvimento, o que resultou na formação forjada de uma maioria parlamentar com políticas de clientela, substituindo-se a cultura cívica pelo neopopulismo e a justiça social pelo assistencialismo e desregulamentação da proteção ao trabalho.

No âmbito da justiça, busca-se inibir a autonomia dos magistrados com a proposta de precedentes de efeito vinculante, além de se propor uma comissão de controle do Judiciário, tudo numa espécie de cenário de “tirania da maioria”, com Emendas Constitucionais votadas por essa maioria parlamentar.

Neste contexto, o Poder Judiciário passa a ser percebido como um receptáculo para as insatisfações sociais - inclusive diante do “ativismo legislativo” praticado pelo Poder Executivo-, assumindo o papel de guardião dos valores fundamentais e sendo convocado a atuar com mais contundência no exercício de seu papel de assegurador da democracia, da Constituição e dos direitos fundamentais.

Disso resultou o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais no Brasil - muito potencializado com a democratização do acesso à justiça -, trazendo como uma de suas consequências a forte atuação da Justiça do Trabalho e o surgimento dos Juizados Especiais, numa explosão de demanda por jurisdição.

Segundo Werneck Vianna (Op. Cit.), o fenômeno da judicialização das relações sociais teve sua origem com a emergência de novos detentores de direitos, particularmente o direito operário, que pôs fim à nítida separação entre o Estado e a Sociedade Civil, desenvolvida nos termos de um primeiro liberalismo com exacerbada postura negativa do Estado frente à esfera privada. Com isso, surgiu o Direito do Trabalho, introduzindo mecanismos que procuraram proteger, por meio da relação jurídica, os economicamente desfavorecidos, iniciando, por esta via, um processo de publicização da esfera privada.

Diferentemente, os Juizados Especiais surgem de uma iniciativa do próprio Poder Judiciário, como uma espécie de resposta à *terceira onda* de Cappelletti, importando em mudanças a partir da própria configuração interna deste Poder, num movimento de auto reforma.

Ambos contribuíram e participaram do processo de judicialização da política e das relações sociais que avançou, em grande medida, com o desenvolvimento dos direitos sociais no âmbito de uma postura diferenciada do Estado (*Welfare State*), gerando direitos que se tornaram judicializáveis.

Dada a importância desse desenvolvimento histórico, vislumbramos de enorme importância sua adequada compreensão, sobretudo quando partimos da hipótese de que é na seara dos direitos sociais e de sua efetivação que mais se favorece o encontro do Direito com a Política, posto que a judicialização destes direitos carrega em si a potência da própria politização da justiça. Por tudo isso, importante para o nosso trabalho resgatar uma breve evolução dos direitos sociais e econômicos no Brasil, posto que as transformações pelas quais passaram nos fornecem elementos a uma boa compreensão de nosso referencial teórico.

3.3 A Compreensão dos Direitos Sociais e Econômicos no Contexto do Estado de Bem-Estar: aspectos de seu surgimento e características transformadoras

Historicamente, pode-se dizer que os direitos econômicos e sociais foram forjados juntos, de modo que todas as referências e documentos a respeito de sua origem e garantia os enquadram num conjunto quase inseparável, que hoje vem traduzido nas expressões “cidadania social”, “legislação social” ou, enfim, “direito social” como forma de síntese.

Na doutrina geral dos direitos humanos, os direitos sociais e econômicos enquadram-se no que se chama de 2ª geração de direitos que, ao lado dos direitos culturais, também são proclamados como prerrogativas que todo homem deve realizar, pois indispensáveis à sua dignidade e ao desenvolvimento livre de sua personalidade. Portanto, somam-se aos direitos civis e políticos (direitos de 1ª geração), definindo-se, segundo José Afonso da Silva, como:

(...) prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade (SILVA, 1998, p. 289).

Assim, pode-se conceber que os direitos econômicos, distintamente do que ocorre com os direitos civis, estão vinculados à positividade da ação estatal, de modo que o Estado se vê obrigado a empreender ações próprias com vistas a promover seu acesso e fruição. Tais direitos surgiram a partir de meados do século XIX, com a Revolução Industrial, e se consubstanciam nas diversas constituições nacionais, bem como no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovado pela ONU, em 1976.

Ao se investigar as condições de surgimento dos direitos de cidadania em geral, e dos direitos econômicos e sociais em particular, pode-se observar que suas conquistas ou seu alargamento se ligam não só à luta dos descontentes, mas também a contingências históricas determinantes, aos interesses do Estado e ao proveito das classes dominantes.

Para tratar do tema do surgimento destes direitos é inescapável dar primazia ao papel do Estado e à maneira como as instituições estatais garantem e organizam formas de prover as expectativas da sociedade. Assim, elegemos para o presente estudo um enfoque que demarca o surgimento dos direitos econômicos e sociais no contexto do próprio nascimento e desenvolvimento do *Welfare State*, com recurso às várias teorias explicativas que foram construídas na perspectiva da Economia, da Teoria do Estado e da Ciência Jurídica.

Contudo, vale lembrar que entre direitos sociais e as políticas sociais implementadas pelo *Welfare State*, não há uma correspondência de significação, pois os direitos sociais nem sempre são expressos em sua integralidade ou natureza por tais políticas. Mais do que isso: os direitos sociais exigem de seus titulares a consciência dos direitos que possuem e que podem reivindicar.

Todas estas teorias convergem para um elemento comum: as transformações que o mundo sofreu com o advento da industrialização desde finais do século XIX e que não cessaram de suceder ao longo do século XX. Para alguns, as mudanças nas relações produtivas, com a conseqüente extinção das formas pré-capitalistas, inseriram câmbios em toda a lógica da sociedade, atingindo não apenas as relações econômicas (âmbito do mercado), mas também as relações familiares (âmbito privado) e os requisitos de legitimação política do Estado (âmbito público).

Neste último aspecto, Juan Ramón Capella, (2002, p. 178) acentua que as transformações que se davam dentro da moldura de um então Estado de Polícia (garantidor da segurança das relações e abstencionista nas relações privadas) exigem dele outra postura, de modo que viesse a assumir outras e novas funções. Os frutos da produção em massa também exigiam novos gastos públicos, cuja utilidade como salários “diretos” ou “indiretos” foi essencialmente necessária para também manter a demanda efetiva pelos bens produzidos, agora, em escala industrial. Os bens oferecidos iam desde a oferta de trabalho (política keynesiana para superar a crise de 1929), educação ou saúde (para garantir trabalhadores capacitados e dispostos ao trabalho), até os investimentos de infraestrutura (para garantir o desenvolvimento da urbanização, o fornecimento de energia, o avanço das comunicações e o escoamento da produção).

Abandonando seu papel primariamente limitado, o Estado passou, no plano econômico, da postura liberal para uma postura cada vez mais intervencionista (expandindo a produção) e, no plano social, de uma atitude abstencionista a um comportamento assistencialista (redistribuição de rendas), financiando a satisfação das necessidades sociais com alterações nas políticas fiscais (aumento da carga de impostos em sentido progressivo).

O novo Estado, portanto, passou a assumir novas funções, que no entendimento de Capella (Op. Cit.) podem ser distinguidas como aquelas ‘essencialmente econômicas’ e as ‘socioeconômicas’. Dentre as primeiras, podemos destacar as funções de: a) administração do ciclo econômico e das suas “eventuais” crises, mediante políticas orçamentárias e monetárias; b) socialização dos gastos de inovação tecnológica e c) socialização de riscos das empresas privadas. Já no aspecto assistencial (ou socioeconômico), o novo modelo do *Welfare State* se destaca pelas funções de: a) satisfazer as necessidades sanitárias da população, desenvolvendo um sistema de saúde e hospitalar público e gratuito; b) garantir um sistema público de seguridade social e aposentadoria; c) oferecer um sistema de educação que garantisse a formação mínima indispensável para a força de trabalho e para a reprodução do saber

científico-tecnológico (ambos necessários para o sistema produtivo); e d) construir novas moradias.

Ademais disso, no âmbito jurídico, observa-se um câmbio da postura meramente repressiva do Estado de Polícia para o investimento em políticas preventivas e, por fim, no plano político, o Poder Executivo passa a ser o centro do Estado intervencionista, controlando as funções de intervenção econômica e social.

No contexto do século XX e já sob a influência de Keynes, além dos “salários indiretos” citados acima (bens educativos e de saúde pública), várias mudanças no plano jurídico podem ser registradas como resultado de um grande pacto entre as classes sociais⁸: estabelecimento de salário mínimo, pagamento de aposentadoria, limitação da jornada laboral, garantia de férias remuneradas, o fim das perseguições por filiação sindical e a legalização dos partidos obreiros, dentre outros. Como concessão, a classe trabalhadora atenuou seu espírito de luta e assumiu o espírito de gestão e representação de interesses. No plano ideológico, os trabalhadores sossegaram na discussão a respeito dos reais fundamentos do capitalismo e alguns, ao longo do tempo, perderam a vertente política que considerava incompatível uma relação amistosa entre capital e trabalho.

Uma vez delineados estes traços caracterizadores que marcam o surgimento dos direitos sociais e econômicos no contexto das transformações que induziram o nascimento do *Welfare State*, vale agora um estudo mais detido sobre suas teorias explicativas, com o fim de compreender o fenômeno enquanto processo histórico e suas condições de produção.

3.4 As Transformações do Estado e do Direito e o Surgimento de uma Nova Racionalidade Jurídica

Um dos aspectos mais relevantes para os fins do presente trabalho e que já é possível antecipar se refere àquilo que o surgimento do *Welfare State* mais significativamente proporcionou: a ênfase na noção de tempo presente e de tempo futuro que recaíram sobre o direito. Se antes o direito se voltava para o passado, traço típico do paradigma liberal com seu apego ao princípio da segurança jurídica, agora volve-se para o futuro, no sentido de prescrever programas de desenvolvimento, promovendo sua execução gradual.

Isto também se relaciona com as transformações do Estado e do Direito que muito têm implicado numa mudança de postura do jurídico frente à realidade, bem como se traduz na emergência do que se convencionou denominar de “direito regulativo”.

O direito regulativo, na perspectiva de Manuel Calvo García (2005), pode ser compreendido no contexto da expressão “direito útil” ou “direito instrumental”. Trata-se de um novo paradigma jurídico, no qual os ideais do liberalismo – com seus traços de Estado abstencionista e de direito lógico-formal - dão lugar a uma perspectiva mais integradora entre o universo jurídico e as outras dimensões da vida social.

Pode-se dizer que suas principais consequências na estrutura e práxis jurídica são, em primeiro lugar, que o direito é tido como *meio* ou *instrumento* para alcançar finalidades sociais, de modo que seu universo se abre a critérios e influências de caráter econômico, cultural, político, ético ou técnico. Assim, o direito assume um sentido instrumental, visando a realização de políticas de intervenção e de promoção de metas sociais, mediante o desenvolvimento de programas e políticas (*implementação*).

Neste esforço, o sentido da previsão normativa passa a ser evitar riscos, antecipando-se com medidas legislativas que carecem de multiplicar-se para ampliar seus mecanismos de controle e de cautela – o que, por consequência, desencadeou, a partir dos anos setenta, o que se denominou de ‘inflação legislativa’.

Como desdobramento disto, assistimos à transição de uma “*racionalidade formal*” (atitude do paradigma liberal do direito) para uma “*racionalidade material*” (postura do paradigma regulativo). Assim, além das normas meramente proibitivas ou abstencionistas do modelo anterior, surgem novos meios de controle que se caracterizam como *positivos*, exigindo também novas formas de funcionamento do Estado e do Direito para garantir o desenvolvimento de programas e a implementação das normas de proteção dos valores sociais que agora são perseguidos.

Como segunda consequência desta mudança paradigmática, podemos destacar o aspecto da “*flexibilidade*”, tida como a introdução de novos espaços de ambiguidade ou indeterminação material dentro desse tal direito regulativo. Esse atributo se torna necessário quando se impõem aberturas e mobilidades para garantir a execução de políticas públicas, cujo fim é o alcance de resultados concretos e não o cumprimento estrito dos ditames da lei. Deste modo, o critério de medida da eficácia da norma jurídica deixa de ser o restrito cumprimento das regras de direito, para se converter no alcance dos objetivos sociais pretendidos, aumentando o grau de discricionariedade daquele que irá executar seus comandos.

Daí que, preocupado com a realização efetiva de seus postulados, bem como buscando corrigir as distorções que se deram no âmbito da esfera privada, o direito se volta para a regulação, melhor dizendo, para a judicialização das relações sociais privadas, o que

acarretou a publicização de seu tratamento jurídico, inclusive a do mercado de trabalho, posto que é característica do *Welfare State* transitar pela norma e pela regulação macroeconômica.

Isso trouxe como fenômeno paralelo um enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa, causando, por consequência, sua obstrução. Para sanar este problema, bem como para poder se ocupar com as questões de política geral e partidária - evitando a paralisia do processo de atendimento às novas demandas -, o Legislativo se viu face à necessidade de transferir grande parte de suas atividades.

Diante de tudo isso, observou-se uma espécie de “abdição” do Legislativo no âmbito da administração política do *Welfare State*, pois cabia ao Estado, agora Estado Administrativo, tutelar cada vez mais e de modo mais “paternalista”, cada região da vida social.

Neste cenário é que o Estado se apresenta como um terreno fértil para as lutas do movimento democrático e para o sindicalismo em busca do avanço de uma agenda igualitária. Esta agenda, segundo a compreensão destes movimentos e a estratégia por eles utilizada, deveria investir na judicialização da Administração, como ocorrera com a judicialização do mercado de trabalho, de modo que o direito passou a ser considerado como um indicador da democratização social, assumindo grande importância no Estado Social.

O direito, assim, converte-se num dos principais recursos de comunicação do Estado, particularmente do Poder Executivo, pondo em ameaça a repartição democrática de Poderes. Neste contexto, as decisões políticas do Estado Social são continuamente traduzidas em normas jurídicas, o que também coloca o Poder Judiciário em grande primazia, dado ser a única instância institucional especializada na interpretação das normas, bem como no arbitramento sobre sua legalidade e aplicação.

Voltando-se agora não mais para o tempo passado, e sim para o tempo presente e futuro, o Estado Social passa a assumir sua *indefinição* e sua *indeterminação*, contaminando o campo do direito com o *provisório*, o *temporário* e o *incerto*. Daí que, como bem assinala Habermas (1997), surge a identificação do direito com a política, ou seja, a abertura do direito ao tempo futuro e todas as suas consequências. Para o autor, com esta abertura o direito passa a admitir “*leis experimentais de caráter temporário e leis de regulação de prognóstico inseguro (...), a inserção de cláusulas gerais, referências em branco e, principalmente, de conceitos jurídicos indeterminados*” (HABERMAS, 1997, Vol. II, p. 174).

Tal indeterminação do direito exigiu um trabalho de “acabamento” da lei quando de sua aplicação, pois embora seja tarefa do Poder Legislativo a sua produção, recai no Poder Judiciário sua interpretação final, o que lhe confere o papel de “legislador implícito”.

Portanto, com a agenda igualitária não temos apenas a difusão do direito nas relações de sociabilidade, mas também um novo Poder Judiciário, no sentido de se transformar numa instituição que irá controlar os Poderes políticos e a vontade do soberano, podendo, agora, invocar o justo em desfavor da lei. Tal como afirma Vianna (Op. Cit., p. 22):

O *Welfare State* lhe facultou [ao Poder Judiciário] o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno [pós II Guerra], a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-facismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encenada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.

Somado a tudo isso, a emergência de conflitos coletivos, resultantes de novos processos sociais, gerou o fenômeno da massificação da tutela jurídica (CAPPELLETTI citado por VIANNA, Op. Cit., p. 22), o que provocou intensa participação do direito na construção da sociabilidade. O Poder Judiciário, então, surge como uma alternativa para a resolução de conflitos também coletivos, fazendo emergir, em torno dele, uma nova arena pública na qual os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos procedimentos judiciais, agora levados a atuar num novo contexto de interpretação e aplicação do direito, sobretudo dos dispositivos que gozam de *status* constitucional.

Este novo contexto interpretativo será brevemente conhecido na seção seguinte, na qual realizaremos uma rápida imersão no emergente e ainda em construção paradigma hermenêutico constitucional. Nele, veremos a construção de um potencialmente novo padrão de racionalidade que pode servir como suporte teórico e filosófico que proporciona o encontro entre a norma e fatores extrajurídicos, anunciando, para muitos, uma grande viragem no quadro tradicional da teoria jurídica e da teoria da separação de poderes.

Daí, um novo contexto institucional não só aponta para a aproximação entre Direito e Política, mas também para o protagonismo dos magistrados na cena social como os novos portadores das expectativas de justiça.

4 A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E IMPLICAÇÕES POLÍTICAS

O termo “*hermenêutica*” tem sua origem no verbo grego “*hermeneuein*” e os primeiros estudos de sua prática se debruçaram sobre a interpretação da Bíblia, na qual judeus e cristãos buscavam descobrir suas verdades e valores. Da religião o termo passou para o âmbito da filosofia e da especulação científica, migrando, em seguida, rumo ao universo do direito.

Nele, encontramos a *hermenêutica jurídica*, caracterizada como o domínio teórico, especulativo e identificador dos princípios de interpretação do direito e que procura desenvolvê-los e sistematizá-los. Portanto, a interpretação jurídica se configura como a busca pela revelação e pela atribuição de sentido a textos e demais elementos normativos, a exemplo de princípios, costumes e precedentes.

Como esclarecimento preliminar, contudo, cabe destacar que, no atual estágio da dogmática contemporânea, a atividade interpretativa não se descola da tarefa da aplicação da norma enquanto momento final de um único processo. Deste modo, fundem-se estes dois procedimentos, não sendo mais tão nítido o antigo hiato entre *interpretação* e *aplicação*.

No que tange à interpretação constitucional, outro conceito que se lhe afigura relevante é o de *construção*. Isso porque, dada a sua natureza, a Constituição possui uma série de termos vagos, de cláusulas gerais e de conceitos abertos, o que faz de seu processo interpretativo, uma construção de sentidos a partir de tais termos, extraindo “*conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. (...) A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas*” (BARROSO, 2010b, p. 271-272). Nesse sentido, a jurisdição constitucional, na realização de uma concretização construtiva, é inegavelmente *política* e sofre a influência de inúmeros aspectos extrajurídicos.

Embora se utilize dos mesmos recursos da hermenêutica tradicional, a nova interpretação constitucional engloba um amplo conjunto de particularidades. Isso porque a Constituição é um documento singular tanto na sua *origem*, quanto no seu *conteúdo* e *finalidade*, em razão de resultar do trabalho de um Poder Constituinte Originário, sendo a expressão da vontade superior de um povo⁹.

Por todos estes motivos a nova interpretação constitucional extrapola os limites de uma argumentação estritamente jurídica, de modo que o intérprete constitucional também deverá levar em conta, além de suas fontes convencionais, temas relacionados à separação de poderes, aos valores ético-sociais e à moralidade política.

Isso nos autoriza a indicar que a atual interpretação constitucional suplanta a dimensão puramente formalista da tradição jurídica, assimilando novos.

Ademais disso, a interpretação constitucional também pode ser examinada segundo seus planos de análise, o que, na lição de Barroso (2010b, p. 274), identificam-se com o plano *jurídico* ou o dogmático, o plano *teórico* ou metodológico e o plano da *justificação política* ou da legitimação democrática.

No **plano dogmático**, temos as categorias operacionais do direito e da interpretação jurídica. Dentre elas, destacamos as regras de hermenêutica, os elementos de interpretação (Gramatical, Histórico, Sistemático e Teleológico) e os princípios específicos de interpretação constitucional (a exemplo dos princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e da efetividade).

O **plano teórico** ou **metodológico** da interpretação constitucional se encontra num enfoque *matajurídico* e compreende uma construção racional da decisão, assim como contempla o percurso lógico percorrido entre a identificação do problema e a solução a ser formulada. Neste plano, vale registrar as escolas do pensamento jurídico de maior representação no contexto da interpretação constitucional, sendo elas a teoria do formalismo, a teoria da reação antiformalista, a teoria do positivismo jurídico e, por fim, a teoria do retorno aos valores¹⁰.

No plano da **justificação política** ou da **legitimação democrática** lidamos com a delicada questão da separação dos Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. Aqui, instaura-se uma tensão entre o processo político majoritário e a interpretação constitucional, sobretudo quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes, ou quando atua para preencher lacuna ou omissão expressa do legislador.

Dentro deste contexto, grande debate emerge sobre a prática de um eventual “ativismo”¹¹ e a necessidade de “autocontenção”, discutindo-se a supremacia judicial, a supremacia legislativa, a dificuldade contramajoritária que atinge o Judiciário e o poder da soberania popular. Contudo, no que tange às discussões que pairam no plano da justificação política, aquela que talvez mereça mais relevo é a que diz respeito à denominada *dificuldade contramajoritária*.

Basicamente, o que aqui se debate é o fato de serem os membros do Poder Legislativo e Executivo agentes públicos eleitos, “*investidos em seus cargos pelo batismo da vontade popular*” (BARROSO, Op. Cit., p. 286). Por outro lado, a investidura dos membros do Poder Judiciário se dá, regra geral, por critérios essencialmente técnicos, sem a expressão da vontade popular. Daí que se discute a legitimidade e competência do Poder Judiciário para invalidar atos dos outros dois Poderes, faltando-lhe o justo título democrático. Questiona-se, assim, onde estaria o fundamento para o Judiciário se sobrepor à vontade dos agentes públicos eleitos, o que coloca em causa a legitimidade de sua atuação.

Como resposta, argumenta-se que sendo o Judiciário o guardião do jogo democrático, bem como não se resumindo a democracia ao princípio majoritário, este Poder

está legitimado para o desempenho de um dos seus grandes papéis: a proteção dos valores e dos direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade momentânea da maioria, argumento que é bem delineado no contexto do neoconstitucionalismo e de sua matriz filosófica, o pós-positivismo. Contudo, face à restrita dimensão do presente trabalho, ele será aqui apenas conhecido, apresentando-se a seguir - tão somente para seu mínimo entendimento -, uma brevíssima imersão, o que finaliza as considerações que aqui nos propomos.

Num pensamento de síntese, como assinala Carbonell (2007, p. 09-12), o neoconstitucionalismo pode ser resumido em três níveis de análise.

O primeiro, refere-se ao novo paradigma enquanto recurso *explicativo dos textos constitucionais* surgidos após, ou a partir, da Segunda Guerra Mundial, particularmente nos anos 70 do século XX. Estes textos, ao invés de apenas estabelecerem competências ou separar Poderes (como era a tradição de corte liberal) contêm imensa gama de normas ‘materiais’ ou ‘substantivas’, que vêm a condicionar a atuação do Estado, mediante a ordenação de certos fins e objetivos. O segundo se refere ao aspecto das *práticas jurisprudenciais*, de modo que uma acentuada mudança se registra na atuação dos juízes constitucionais, agora sob a influência de novos parâmetros interpretativos. Tais parâmetros seriam as técnicas hermenêuticas de princípios constitucionais, a prática da ponderação, o crivo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, dentre outros. Por fim, no terceiro nível de análise do neoconstitucionalismo estariam os *novos desenvolvimentos teóricos*, sobretudo aqueles relativos à teoria dos princípios e à técnica da ponderação de Robert Alexy, além das aportações de Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelski, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís e Luigi Ferrajoli.

No que tange a seu **marco filosófico**, o novo direito constitucional também se fortalece com o surgimento do pós-positivismo¹², que se situa na confluência das correntes de pensamento jusnaturalista e positivista, sublimando seus modelos puros para a construção de um novo paradigma filosófico. Dada a marginalização do direito natural com o apogeu do positivismo jurídico, tivemos no exemplo dos regimes autoritários do século XX - o nazismo e o fascismo -, uma das maiores barbáries já vistas pela humanidade. Considerando que o positivismo havia afastado o *direito da moral*, todos os excessos do autoritarismo foram cometidos sob o manto da legalidade, fazendo despertar, no segundo pós-guerra, uma imensa rejeição ao paradigma formalista da neutralidade. Com isso, reuniram-se do direito natural e do positivismo jurídico alguns componentes que forjaram o denominado pós-positivismo, nova tendência que promove, enfim, o reencontro da ética com o direito.

5 CONCLUSÃO

Ao longo de nosso breve trabalho, tivemos a oportunidade de examinar alguns quadros referenciais sobre o tema da politização da justiça, de modo que percorremos caminhos que aqui merecem ser sinteticamente lembrados.

Inicialmente, tratamos do encontro entre o Direito e a Política, cujas órbitas possuem relacionamentos distintos, dependendo da ótica segundo a qual são examinadas. Na perspectiva tradicional, Direito e Política apenas se aproximam no momento da criação da norma, posto que a norma jurídica decorre de uma decisão parlamentar. Contudo, no campo que escapa a este momento de criação, os dois domínios atuam em searas distintas e seguiriam lógicas diversas, dado que o Direito obedece a critérios técnicos (razão), enquanto que a Política atende a fundamentos de vontade.

Neste aspecto, o encontro do Direito com a Política, para além de seu momento de criação, representa hoje um fenômeno polêmico e por muitos criticado em razão de atingir o princípio da separação de poderes. Por outro lado, este encontro se afigura como um traço quase inevitável de nosso atual contexto, em virtude da falência da postura tradicional do direito face à crescente complexidade da realidade social e seus novos problemas.

Desta aproximação entre Direito e Política surgiram fenômenos diversos, a exemplo dos processos de “judicialização da política” e da “politização da justiça”, sendo um o espelho do outro. Dentre as questões de relevo que os dois fenômenos despertam está a tradicional indagação sobre a legitimidade do Poder Judiciário ao se expandir para outros domínios, o que pode vir a colocar em risco a idealização clássica de Montesquieu quanto à separação de poderes.

Contudo, a questão não se delinea numa perspectiva meramente ideológica, como muitos defendem. Segundo nossos estudos, o que vem explicando historicamente a alteração da teoria de Montesquieu é o surgimento e desenvolvimento do *Welfare State*, dadas as consequências que trouxe no âmbito das relações do Estado com a sociedade e com o direito.

Tais mudanças também implicaram em alterações internas no âmbito do Poder Judiciário, com a ampliação do seu campo de atuação, agora investido do papel de controlador das decisões políticas do Estado (controle de constitucionalidade e controle dos atos administrativos). Já no âmbito externo, estas mudanças decorreram da elevada produção legislativa resultante da necessidade de cumprir o intervencionismo estatal, baseado em normas gerais e principiológicas que ampliaram o campo de interpretação dos juizes.

Num momento seguinte, pudemos conhecer as razões históricas que induziram ao processo de judicialização e politização aqui tratado, tendo no *Welfare State* o motivo da mais profunda transformação que alcançou o Poder Judiciário: o crescente direcionamento das decisões judiciais rumo às consequências práticas da norma, em busca da concretização de suas finalidades (politização).

Daí que, nesse ambiente, observamos o crescente envolvimento entre o Direito e a Política a partir do também crescente envolvimento do Poder Judiciário com as questões sociais, com a efetividade da justiça e com a concretização dos Direitos Humanos. Isso tudo decorreu de uma espécie de submissão do Estado, particularmente do Poder Executivo, às leis de mercado, causando um verdadeiro desalinhamento entre o ideal traçado em nosso processo de redemocratização (Constituição Federal de 1988) e a nova agenda liberal.

Neste contexto, o Judiciário se converteu no espaço de realização das expectativas da sociedade e no depósito das suas insatisfações, sendo convocado a atuar na sua condição de guardião da democracia, da Constituição e dos direitos fundamentais que se ampliaram ante o surgimento de novas prerrogativas (direitos humanos de 2ª geração), como desdobramento do Estado de Bem-Estar Social.

Dada a nova postura desse Estado Social, a ênfase passou a ser o tempo futuro, preparando-se a sociedade para projetos e para a concretização de amplos programas, pela via das políticas públicas, rumo ao desenvolvimento e fazendo emergir o *direito regulatório*.

Considerado como “direito útil”, este novo paradigma jurídico dá lugar a uma perspectiva mais integradora entre o universo jurídico e as outras dimensões da vida social. O direito passa a ser entendido como um instrumento para alcançar finalidades sociais, abrindo-se para as influências de caráter econômico, cultural, político, ético e técnico. Com isso, assistimos a uma transição da “racionalidade formal” para a “racionalidade material”, buscando-se a concretização dos valores que agora passam a ser perseguidos. Procurando, então, a realização de seus programas, o Estado Social se volta para o futuro, contaminando o campo do direito com aquilo que é *provisório, temporário e incerto*. Fomenta-se, portanto, uma maior identificação entre o Direito e a Política.

Dando seqüência ao desenvolvimento de nosso trabalho, pudemos observar como este novo contexto institucional levou os aplicadores da lei a interpretar o direito de forma diversa daquela tradicionalmente praticada. Com isso, embora os elementos clássicos da interpretação jurídica sigam desempenhando seu papel, o novo cenário exigiu novas técnicas hermenêuticas, sobretudo quando se trata de dispositivos constitucionais.

Aqui, ganha ênfase a relação entre a *norma* e a *realidade subjacente*, o que pode acarretar uma pluralidade de sentidos diante de cada caso concreto. Neste novo contexto, o aplicador da lei ganha maior discricionariedade no processo de escolhas interpretativas, tendo, contudo, que demarcar sua atuação a partir de parâmetros aceitos pela comunidade de intérpretes.

Com esta nova exigência, tanto pela complexidade do trabalho interpretativo diante dos chamados “casos difíceis”, quanto em face da eventual colisão de princípios ou interesses constitucionais, foi necessário o desenvolvimento de técnicas hábeis ao novo desafio hermenêutico, ensejando a criação dos critérios da ponderação e a evolução das teorias da argumentação.

Também foi apresentado um breve panorama sobre a teoria do neoconstitucionalismo enquanto uma explicação teórica e prática para o Estado *Constitucional* de Direito, sendo este o Estado que emerge na sequência do Estado Legislativo e que se caracteriza não pelo monopólio estatal da produção jurídica, mas pela subordinação desta legalidade a uma Constituição rígida, de modo que a norma legislada perde a primazia enquanto sustentáculo e unidade do direito, passando a governar a Constituição, que tanto impõe limites ao legislador/administrador, quanto lhes determina deveres de atuação.

Embora existam aqueles que não enxergam grande novidade no direito constitucional a ponto de se lhe atribuir uma nova nomenclatura, existe sim um recente incremento para a teoria jurídica que resulta do conjunto de seus componentes históricos, sociais, teóricos e filosóficos. Isso traz como resultado uma nova experiência para a prática do direito, realidade esta que está na base do fenômeno aqui estudado, qual seja a politização do Poder Judiciário.

Reforça-se com isso o perfil da historicidade do Direito, levando-nos à ligação intrínseca entre a estrutura do Direito e a estrutura social geral, conforme assina Pérez-Prendes (1996). Neste sentido, sendo a sociedade mutável, o Direito há de refletir as transformações que lhe tocam, direta ou indiretamente, a fim de moldar-se às novas situações.

Portanto, o fenômeno da politização do Poder Judiciário não nos parece ser algo evitável ou que exprima escolhas deliberadas de um ou outro magistrado que assumiu o dever de engajamento político diante da realidade que examina. Noutra direção, reflete um processo comum às atuais democracias desenvolvidas, respondendo a questões de raiz social e histórica de nossa época e que já alcançou países como a Alemanha, a Itália, a França, a Espanha, a Inglaterra e os Estados Unidos.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGUIAR, Roberto. A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.
- ANSOLABEHERE, Karina. Jueces, Política y Derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia. **Revista Isonomía**, N° 22, abril de 2005, p. 39-63.
- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica**, Brasília, vol. 12, n. 96, Fev/Mai 2010 - ISSN 1808-2807. Disponível em http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/copy_of_vol-11-n-95-out-2009-jan-2010/menu-vertical/artigos/artigos.2010-06-09.1628631230. Acesso em 03 de março de 2010a.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010(b).
- BARROSO, Luis Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Marcio (Orgs.). 20 Anos da Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009(b), p. 163-193.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Buscalegis**, América do Norte. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/30547/29905>. Acesso em 23 de abril de 2009(a).
- CALVO, Manuel García. **Transformaciones del Estado y del Derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI: a crise da justiça no Brasil**. Colóquio Internacional "Direito e Justiça no Século XXI". Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade, Vol. II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **A Judicialização da Política**. Sessão de Publicações do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal1.htm>. Acesso em 22 de junho de 2010.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. **As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. In MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PACHECO, Cristina C. Os Estudos sobre Judiciário e Política no Brasil pós 1988: uma revisão de literatura. Fortaleza: Pensar, Vol. 13, n. 1, jan./jun. 2008, p. 75-86.
- MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Coleção a Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- PÉREZ-PRENDES, José Manuel Muñoz-Arraco. Interpretación Histórica del Derecho: notas, esquemas, prácticas. Madrid: Universidad Complutense, 1996.
- RAMÓN CAPELLA, Juan. **Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002.
- VÌA, Alberto Dalla. Los Jueces Frente a la Política. **Revista Isonomía**, N° 22, Abril de 2005.
- VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹ Segundo Faria (2003), citando o relatório do CES sobre os Tribunais nas sociedades contemporâneas, uma crise atinge o Poder Judiciário nas suas três funções básicas: a *instrumental* (o tribunal como *locus* de resolução de conflitos), a *política* (o tribunal como mecanismo de controle social, fazendo cumprir direitos e obrigações, bem como fortalecendo as estruturas do poder vigente e integrando a sociedade) e a *simbólica* (o tribunal como disseminador do sentido de equidade e justiça na vida social e moldando os padrões vigentes de legitimidade da vida política).

² Outros sintomas podem assinalar a ampliação da potência e protagonismo do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. Além de intervir em temas que antes lhes eram estranhos (a exemplo dos assuntos políticos e econômicos do Estado), a antiga postura dos tribunais em atuar apenas quando provocados, e num horizonte meramente retrospectivo (versando sobre eventos passados), vem sofrendo câmbios sensíveis, de modo que suas decisões alcançam não apenas o ajuste de situações pretéritas, mas também incide sobre fatores que se inclinam para o futuro de forma determinante. Ademais, as ações judiciais que antes eram controladas pelas partes do processo em seus efeitos e alcance, agora assumem a potência de gerar desdobramentos que extrapolam os seus termos mais imediatos (FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça no Século XXI: a crise da justiça no Brasil. Colóquio Internacional “Direito e Justiça no Século XXI”. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2003). Acresce-se que a esta ampliação de funções e temas que restam à competência do Poder Judiciário, também se observa que muitos assuntos antes reservados ao controle exclusivo do Judiciário agora lhe escapam ao domínio restrito, o que também tem como consequência a ruptura com a postura tradicionalmente afastada dos tribunais, no sentido de levar a justiça a sair do isolamento social e político no qual se manteve por longos períodos.

³ Isso também é o que se denominam as já mencionadas “*questões políticas não judiciáveis*”, ou seja, aquelas questões privativas de outros Poderes do Estado e que não convém ao Judiciário apreciar. Neste caso, cabe aquilo que se denominou “*autorestrição*”, ou seja, a atitude do Poder Judiciário em não considerar que existem direitos absolutos e que, portanto, ele não deve tomar parte em matérias que sejam próprias dos demais Poderes, a exemplo de temas de política econômica. Como postura contrária, pode-se apontar o movimento do “*ativismo judicial*”, segundo o qual deve o julgador considerar as consequências de suas decisões - o que, na corrente do realismo jurídico da primeira metade do século XX, correspondia ao “juiz localizado” -, estimulando uma interpretação dinâmica em detrimento da interpretação estática da norma. Daí também a expressão “governo de juízes”, usada pela crítica conservadora a este movimento. Mais recentemente e neste mesmo sentido de decisões localizadas, desenvolveu-se nas Universidades de Chicago e Yale a teoria da “análise econômica do direito” (*Law & Economics*), que lança mão de métodos da análise econômica no âmbito do direito, interpretando e avaliando suas normas a partir de parâmetros da economia (VIA, Op. Cit., p. 22 e 23).

⁴ Na formulação clássica da separação de Poderes desenhada por Montesquieu, um Poder elaboraria as leis (Poder Legislativo), outro executaria as leis (Poder Executivo) e um terceiro julgaria as violações às leis ou a disputa de interesses (Poder Judiciário). Cada um destes Poderes haveria de ser exercido por um corpo distinto, por ser esta a maneira de evitar o seu acúmulo e o seu abuso (MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Coleção a Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2005).

⁵ Vieira (1994) busca identificar se nossa Corte Suprema decide segundo o seu papel constitucional (voltado para a defesa da ordem democrática e a proteção dos direitos individuais e coletivos expressos na Constituição Federal de 1988) ou segundo as políticas governamentais, procurando garantir a governabilidade. Chega à conclusão de que o Supremo Tribunal atua de maneira omissa e ambígua na resolução de conflitos constitucionais, ora envolvendo-se para a realização de direitos, ora privilegiando a governabilidade e, finalmente, ora buscando conciliar as duas perspectivas.

Por sua vez, Arantes (1997) faz um estudo sobre o controle de constitucionalidade aplicado no Brasil, defendendo que tal controle se molda aos interesses políticos (autoritários ou democráticos) do poder central. Segundo suas conclusões, o sistema híbrido de controle de constitucionalidade no Brasil, que serviria para reduzir as tensões entre os imperativos do governo e a Constituição Federal em determinados momentos, é na verdade um dos principais fatores institucionais para a crise de governabilidade.

Por último, Carvalho (2000) realiza seus estudos procurando verificar se nossa Corte Suprema tem cumprido seu papel constitucional no controle de constitucionalidade dos atos do Executivo, de modo que apenas com este controle se garantiria a segurança jurídica dentro de um sistema democrático. Constatando uma atuação irregular do Supremo, conclui Carvalho que esta Corte não vem cumprindo seu papel de “freio e contrapeso” do sistema político institucional.

⁶ Desta raiz surgiram duas novas correntes que hoje predominam na presente perspectiva: o modelo atitudinal e o modelo do cálculo estratégico.

O primeiro modelo entende que a Suprema Corte dos EUA carrega um conjunto de características institucionais que simplificam a maneira de entender os fatores que determinam o comportamento dos juízes. Suas atitudes seriam identificadas ou definidas a partir de um conjunto inter-relacional de crenças sobre certas situações e comportamentos identificados, a exemplo dos litigantes que buscam a justiça, das partes que estão direta ou indiretamente ligadas ao litígio e das situações questionadas.

Por outro lado, o segundo modelo pretende explicar porque os ministros e integrantes da Suprema Corte modificam seus votos ao longo do processo decisório, negando que estes decidam apenas com base em crença e valores. Mais do que isso, os ministros são atores estratégicos que observam a necessidade de, por exemplo, levar em conta as preferências de outros ministros para alcançar um determinado objetivo. Deste modo, as escolhas a serem realizadas dependerão também do contexto institucional em que atuam.

⁷ Segundo diz Luiz Werneck Vianna (1999), um destes fatores foi uma espécie de ‘ressentimento’ do Poder Judiciário em razão de questões salariais e das ameaças à autonomia dos juízes, assim como à autonomia da própria instituição judicial.

⁸ Embora a ideia de “pacto” seja discutível, como veremos a seguir.

⁹ Neste contexto, sua particularidade se deve ao *status* de norma hierarquicamente superior em nossa pirâmide jurídica, tendo primazia em relação às demais normas do sistema. Quanto à *natureza da linguagem*, a Constituição traz frequentemente dispositivos de conteúdo aberto ou vago, assim como princípios amplos e conceitos jurídicos indeterminados. Quanto ao *objeto*, as normas organizam o poder político, definem direitos fundamentais e indicam valores e fins públicos. E finalmente, no que diz respeito ao seu *caráter político*, a Constituição é o documento que faz a travessia entre o domínio da política (poder constituinte originário) e o próprio domínio do direito (a ordem instituída).

¹⁰ Sinteticamente a metodologia do *formalismo jurídico* tem como traço essencial uma concepção mecanicista do direito, segundo a qual o trabalho da interpretação jurídica configura uma atividade de mera subsunção dos fatos à norma. Neste aspecto, o formalismo carrega o apego à literalidade do texto, bem como à intenção do legislador.

Como *reação antiformalista* temos a segunda escola do pensamento jurídico, cuja expressão de maior revelo é o jurista alemão Rudolph von Ihering, grande defensor de que o direito deve servir a fins sociais, antes que a conceitos ou formas. Nesta escola de pensamento rejeita-se a crença de que o direito poderia ser encontrado apenas nos textos de lei ou nos precedentes judiciais. Igualmente, a reação antiformalista recusa a tese de que o juiz não desempenha um papel criativo, reduzindo sua função judicial ao caráter meramente declaratório. Finalmente, o antiformalismo defende a importância dos fatos sociais, das ciências sociais e da necessidade de interpretar o fenômeno jurídico conforme a evolução da sociedade.

O *positivismo jurídico*, por sua vez, tem como traço essencial a separação entre direito e moral, bem como entre a lei humana e a lei de origem natural, negando existência ao jusnaturalismo,

assim como à sua potência de subordinar a legislação. Com formulações mais sofisticadas desenvolvidas ao longo do século XX, teve como os seus principais defensores Hans Kelsen e H. L. A. Hart que, afastando-se da visão estritamente mecanicista, chegaram a reconhecer na decisão judicial um “*ato político*” de escolha entre as alternativas oferecidas pelo quadro normativo em vigor.

Finalmente, o *resgate aos valores* se configura como o traço do pensamento jurídico que se desenvolveu a partir da segunda metade do século XX, muito impulsionado pela crise moral que atingiu o positivismo face a todas as barbáries e atrocidades cometidas por regimes autoritários sob o manto da legalidade. Tudo isso deu lugar a uma reaproximação entre o direito e a ética, restaurando os laços entre o domínio jurídico e a seara filosófica, o que inaugura a nova discussão metodológica em torno do pensamento pós-positivista.

¹¹ Segundo Luis Roberto Barroso, “*a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes*” (BARROSO, 2010b, p. 284-285). Como oposto de ativismo judicial emerge o conceito de *autocontenção*, segundo o qual o Judiciário há de reduzir ao mínimo a sua interferência nas ações dos outros poderes.

¹² Segundo Maia (2009, p. 397), o pós-positivismo vem sendo denominado pela doutrina espanhola e italiana como o próprio neoconstitucionalismo.