

Ativismo judicial e segurança jurídica

Uma visão juspositiva¹

1. Introdução

O protagonismo do Poder Judiciário no Brasil² nas duas últimas décadas é amplamente reconhecido. Esse protagonismo fundamenta-se, do ponto de vista teórico, em uma abordagem que defende a aplicação dos princípios constitucionais pelo julgador de maneira direta, com base em ponderações de sua relevância para o caso concreto.³ Trata-se do denominado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo⁴ que em anteriores estudos analisamos (e criticamos)



Estela do Código de Hamurabi

1- O texto retoma e amplia algumas reflexões apresentadas nos trabalhos “A relevância prática do positivismo jurídico” e “Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências”, ambos ainda não publicados. Agradeço as observações críticas dos Professores José Carlos Francisco, Noel Struchiner e Soraya Lunardi.

2- Barroso, 2009, p. 383; Sarmento, 2009; Vieira, 2008, p. 444-459.

3- Francisco, 2009. Sobre a aplicação dos princípios constitucionais na perspectiva positivista cf. Dimoulis/Lunardi, 2008, p. 179-199.

4- Defesas da perspectiva neoconstitucionalista e pós-positivista em: Barroso, 2007; Moreira, 2008; Maia, 2009, p. 141-162; Quaresma et al. (orgs.), 2009; Carbonell (org.), 2007 (na maioria dos estudos). Uma posição moderada é adotada por Sarmento, 2007 e 2009. Do ponto de vista da teoria do direito cf. as reflexões em Duarte e Pozzolo, 2009.

como escolha teórica a favor do *moralismo jurídico* (afirmação da necessária união entre direito e moral, devendo o aplicador do direito ser guiado por considerações morais próprias ou prevalentes na sociedade).⁵

Isso provocou uma mudança no equilíbrio entre os poderes estatais,⁶ tornando a atividade desenvolvida pelo Judiciário mais próxima daquela de um *legislador positivo*.⁷ O Judiciário muitas vezes supre lacunas deixadas pelos legisladores ou decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais,⁸ suprimindo também omissões legislativas. Temos uma situação, rotulada de *ativismo judicial*, que recebe os aplausos de grande parte da doutrina nacional,⁹ sendo minoritárias as críticas.¹⁰

Os termos “ativismo judicial” e “legislador positivo” são amplamente utilizados em recentes estudos. Mesmo assim, apresentam grandes dificuldades de definição, já que vários autores entendem coisas diferentes sob esses rótulos. O presente texto não enfrentará esse problema.¹¹ Utilizamos os termos em seu sentido genérico, como indicativo da intensificação das intervenções judiciais, principalmente no âmbito do controle de constitucionalidade. Objeto principal de nosso interesse será a justificativa *jurídica* que permite ao Poder Judiciário contrariar decisões de outras autoridades estatais, alegando que destoam do texto constitucional ou de normas infraconstitucionais. O que autoriza, por exemplo, o Poder Judiciário, guardião da legalidade, a tomar decisões que contrariem as políticas públicas estipuladas pelo Legislativo? E como pode o magistrado “ativista” enfrentar a crítica que, além de contrariar o Legislativo, afeta a segurança jurídica mediante deci-

5- Dimoulis, 2006 e 2008. Cf. as críticas em Ávila, 2009.

6- Vieira, 2008, p. 445.

7- Sobre a atuação dos tribunais como legisladores positivos cf. Sweet, 2000, p. 61-91, 136-138; Tavares, 2005, p. 321-341.

8- Para um exemplo de decisão do STF *contra constitutionem*, cf. Dimoulis/Lunardi, 2008a, p. 224-225. No caso foram atribuídos efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, contrariando a previsão do art. 52, X da Constituição Federal.

9- A doutrina formula ressalvas e tenta limitar o ativismo judicial. Mas prepondera a tendência de sua aceitação: Rothenburg, 2005, 2007, 2008; Tavares, 2007, p. 17-19. Cf. as ressalvas formuladas em Sarmento, 2007 e 2009, p. 33-46; Barroso, 2008, p. 237-249 e 2009, p. 392-394; Ramos, 2010.

10- Bercovici, 2007, p. 172-175; Mendes, 2008, p. 158-196; Lima, 2003.

11- Cf. as análises conceituais em Dimoulis-Lunardi, 2010 e 2011.



sões impregnadas de subjetivismo. Apresentaremos reflexões sobre o tema. Trataremos do tema adotando a perspectiva do positivismo jurídico, que costuma ser visto como abordagem teórica preocupada com a segurança jurídica.¹²

2. O ativismo judicial e a delimitação de competências estatais

O problema dos limites da intervenção do Poder Judiciário quando questiona decisões (ou omissões) de outros Poderes pode ser tratado a partir de quatro perspectivas.

A primeira aceita a primazia das decisões do Legislativo e do Executivo, por duas razões. Primeiro, em razão de sua legitimação popular-democrática¹³ e, segundo, pela limitada capacidade institucional do juiz de realizar complexas ponderações econômicas e políticas, que guiam a atuação dos demais Poderes.¹⁴ Em razão disso, só se admitem intervenções do Judiciário em casos de manifesta inconstitucionalidade ou ilegalidade. Podemos denominar essa abordagem de *minimalismo forte*.

A segunda perspectiva teórica considera que o Judiciário, como um dos três Poderes estatais, encontra-se em posição de igualdade funcional e axiológica com os demais, podendo questionar qualquer decisão, desde que ofereça uma fundamentação jurídica satisfatória. Essa seria a postura de um *ativismo moderado*, atualmente aceita pela maioria da doutrina brasileira.¹⁵ A terceira insiste no peculiar papel do Judiciário que toma decisões em última instância, tendo proximidade com o caso concreto. Esses fatos impõem que as decisões judiciais sejam guiadas por considerações de adequação e justiça, mesmo se isso contraria a visão de outros Poderes, e até mesmo não pode ser fundamentado de maneira satisfatória em interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais.

Dando um exemplo: a política habitacional do Executivo

12- Fundamentação teórica em Dimoulis, 2006.

13- Lima, 2003.

14- Vermeule, 2006.

15- Cf. os autores mencionados nas notas de rodapé 3 e 4.

pode ser fundamentada em competentes estudos técnicos e ter resultados práticos satisfatórios. Quando, porém, o julgador se depara com pedidos de famílias desabrigadas há meses, deveria ordenar que o Estado ofereça alojamento em regime de urgência, arcando com os custos, ou que eventual ocupação de propriedade privada alheia seja mantida. Isso deveria ser ordenado, mesmo contrariando as previsões orçamentárias e sem possibilidade de fundamentação em interpretação sistemática da Constituição, isenta de ponderações subjetivas. Podemos denominar essa abordagem de *ativismo forte*.¹⁶

O positivismo jurídico defende uma quarta posição, a de um *minimalismo moderado*. Nessa perspectiva, tornam-se fundamentais as normas jurídicas que fixam o conteúdo (e o limite) das competências de cada Poder estatal. Não interessam argumentos externos ao processo decisório, tais como a legitimidade democrática, o preparo do Judiciário ou sua proximidade com o caso que evidencia demandas de justiça. Ponto de partida é a regra que o juiz pode e deve¹⁷ decidir no limite de suas competências. A falta de competência impede que o Judiciário decida em certo sentido, mesmo se essa decisão for ditada por razões de “justiça”. Da mesma maneira, o Judiciário pode e deve decidir no campo de sua competência, aplicando a Constituição, por mais que sua decisão entre em conflito com fortes demandas políticas e desagrade a população e os integrantes dos demais Poderes.

Exemplificando: ninguém nega que o Judiciário pode e deve verificar a legalidade de um contrato entre particulares, em razão da amplíssima garantia de acesso à Justiça no art. 5º, XXXV da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). O problema é saber o que o julgador pode e deve fazer em cada caso. Pode reformular um contrato de direito privado em razão de suas considerações subjetivas,

16- O juiz de direito Manoel dos Reis Morais justificou, em carta pública, sua decisão liminar em favor de famílias pobres que ocupam terreno particular com as seguintes palavras: “o que busquei ao *deferir a posse em caráter provisório* para os moradores da Comunidade Dandara nada mais foi do que *calcular o peso do direito à moradia* no confronto com o *direito à propriedade*, tendo como balança (ou *fiel*) a *dignidade da pessoa humana*, que são, os três, princípios constitucionais. Esse *cálculo* quanto aos *direitos em confronto* mostrou o meu intento de evitar, ao longo do tempo (para o *futuro*), que mais pessoas *continuem vivendo sem dignidade* e que por isso não se realizem enquanto seres humanos” (Morais, 2010).

17- Sobre o duplo caráter das normas de competência, cf. Dimoulis, 2007, p. 87-88.



mediante as denominadas sentenças determinativas?¹⁸ Qual a base constitucional para tanto? Quais os limites de sua intervenção?

Para que tal delimitação ocorra de maneira satisfatória, se faz necessário definir as competências dos órgãos estatais de maneira *relacional*. Na ótica juspositivista deve ser determinado o *espaço de atuação* do Judiciário em relação ao dos demais Poderes estatais, assim como dos particulares que exercem seus direitos fundamentais. Devem também ser estabelecidas *presunções de competência* para casos duvidosos. Para tanto é necessário determinar o *ônus argumentativo*¹⁹ de cada autoridade em caso de conflito, isto é, indicar a quem cabe fundamentar exaustivamente sua discordância e quem pode decidir na dúvida.

A partir do momento em que a Constituição (ou a lei) distribui competências para determinada atividade não se justificam críticas de usurpação de competência, como, por exemplo, ocorreu no caso da súmula vinculante.²⁰ Em tais casos, o Poder Judiciário cumpre sua tarefa atuando nos limites de sua competência, por mais que essa atuação seja materialmente de cunho legislativo.

Pelas mesmas razões, não é convincente a crítica de decisões judiciais com base em considerações políticas, invocando a forte pressão popular e as consequências politicamente indesejáveis de certa declaração de inconstitucionalidade.

No julgamento da denominada “Lei da Ficha Limpa” (Lei complementar n. 135 de 2010), a maioria do Supremo Tribunal Federal optou por fazer respeitar a regra da irretroatividade qualificada, prevista na Constituição para a legislação eleitoral,²¹ por mais que sua decisão fosse, infelizmente, entendida e criticada por grande parte da opinião pública como decorrente de uma postura de tolerância da corrupção política.²² Acatar desejos da maioria e da mídia que invoca o princípio abstrato da democracia ao preço

18- Ver a afirmação de um poder praticamente ilimitado do juiz nesse âmbito em Gonçalves, 2006, p. 93-102; cf. a crítica parcial das sentenças determinativas em Lunardi, 2006, p. 152-164.

19- Sobre esse conceito cf. Dimoulis/Martins, 2007, p. 216-218.

20- Apresentação das críticas em Tavares, 2007a, p. 107-109; Leite, 2007, p. 93-119.

21- STF, Recurso extraordinário 633.703, rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 24-3-2011.

22- Exemplo de reportagem fortemente crítica:

<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/1,,EMI221223-15230,00.html>.

de desrespeitar imperativos explícitos da Constituição é o que o Judiciário não deve permitir. Mesmo se o preço for uma crítica por quem – sem examinar os aspectos jurídicos da questão – adota uma posição de minimalismo judicial forte (melhor dizendo: exagerado).

Por outro lado, o julgador que examina a legalidade/constitucionalidade de um fato/norma, assume o ônus de *fundamentar sua decisão* mediante argumentação *específica e exaustiva*, não sendo suficientes as remissões genéricas a argumentos morais, de cunho subjetivo, as construções retóricas ou as meras indicações de normas constitucionais sem a necessária interpretação sistemática que identifica e resolve conflitos entre normas constitucionais. O mesmo vale para argumentos que têm como único fundamento um princípio de direito. Sabe-se que os princípios são genéricos, abrangendo uma ampla gama de possibilidades decisórias e necessariamente colidem com outros princípios, não oferecendo base suficientemente sólida para decisão.

Em certos casos, o Poder Legislativo brasileiro mostra-se claramente omissos. Isso ocorreu, por exemplo, com a omissão de mais de duas décadas em regulamentar o direito de greve dos funcionários públicos, apesar do imperativo constitucional nesse sentido (art. 37, VII da Constituição Federal). Em tais situações, a intervenção ativa do Judiciário é necessária, sendo constitucionalmente previstos o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²³

Mas as opções do legislador, mesmo não sendo politicamente oportunas, não podem ser consideradas inconstitucionais quando o aplicador não possui parâmetros objetivos para comprovar sua incompatibilidade com a Constituição. Como o Judiciário pode afirmar de maneira fundamentada a partir de que nível de investimento as políticas de saúde pública tornam-se omissas? Não há tais critérios. E quando o Judiciário tenta intervir, apesar da falta de critérios claros e fixos, corre o risco de tomar decisões contraditórias, tratando casos semelhantes de maneira diferente, como mostrou

23- Cf. os Mandados de injunção n. 670, 708 e 712, julgados em 2007 pelo Supremo Tribunal Federal. Análise em Lima, 2009.



uma análise da jurisprudência do STF sobre o direito à saúde.²⁴

Dito de outra maneira, se o Judiciário censurar ou mesmo substituir o Legislativo e o Executivo em situações de incerteza, ultrapassa suas competências. A Constituição não autoriza o Judiciário a julgar as opções dos demais, comparando-as como possíveis alternativas. A única questão que cabe responder aos julgadores é se certa decisão ou omissão possui o vício da inconstitucionalidade ou ilegalidade. Se o julgador não puder comprovar isso, deve aceitar a solução dada pelo Poder que possui a competência de concretização primária: *“in dubio pro legislatore”*.²⁶

Nos últimos anos aumenta o número de decisões do Judiciário brasileiro que atendem pedidos de cidadãos, de organizações da sociedade civil ou do Ministério Público e determinam uma política social mais generosa e divergente daquela decidida pelo Legislativo e implementada pelo Executivo. Frequentemente, os juízes obrigam o Executivo a fornecer remédios não autorizados pelas autoridades competentes, a internar pacientes, a matricular alunos apesar da falta de vagas ou a conceder benefícios previdenciários não previstos em lei ou até mesmo vetados pela Constituição.²⁷

Essa atuação é analisada pela doutrina sob o rótulo de *judicialização* das políticas públicas.²⁸ Expressa a conscientização de muitos integrantes do Judiciário acerca das gritantes desigualdades do país. Mas, por mais que seja politicamente louvável, tal opção de ativismo (forte ou moderado) é constitucionalmente problemática. Quando a Constituição não determina o número de vagas nas escolas, ou os remédios necessários, e atribui tal competência aos legisladores, o Judiciário não tem competência para tanto e sua intervenção compromete o equilíbrio institucional desejado pelos Constituintes, afetando, nesses casos, o poder do legislador.

24- Wang, 2009.

25- É comum afirmar que a lei constitui fonte primária do direito. Na verdade, a lei no sentido formal é a hierarquicamente primeira fonte de concretização dos mandamentos constitucionais que constituem a verdadeira fonte primária do direito.

26- Amado, 2007, p. 242; Dimoulis/Martins, 2007, p. 224-232.

27- Para uma proposta de decisão *contra constitutionem*, alegando interesses e necessidades da demandante, pessoa pobre e gravemente enferma, ver o voto do Min. Eros Grau em: STF, Agravo Regimental da Reclamação 3.024, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 21-9-2006.

28- Bucci, 2002; Cittadino, 2002; Galdino, 2005; Barcellos, 2007; Verbicaro, 2008.

As referidas exigências argumentativas-interpretativas limitam *in concreto* a margem de atuação do Judiciário. Atribuem ao julgador o dever de explicar *por que* outros agentes infringiram normas constitucionais (ou normas infraconstitucionais de nível superior) e por que o litígio deve ser decidido de determinada maneira. Se a comprovação da violação de lei ou da Constituição não for possível, o juiz “ativista” excede sua competência e contraria o princípio democrático que designa o legislador como representante do povo e, portanto, como primeiro concretizador da Constituição.

Encerramos essa nossa reflexão com uma *proposta concreta*. Do ponto de vista da técnica decisória, as decisões do Poder Judiciário devem ser examinadas e avaliadas, em sua consistência e imparcialidade, com base em cinco critérios:

- a. *Competência*. O Poder Judiciário possui a competência para realizar certa forma de controle ou intervenção? Para responder é necessário examinar tanto as normas que estabelecem a competência formal para certa decisão, como os elementos normativos que indicam sob quais condições o Judiciário pode contrariar atos e omissões dos demais Poderes.
- b. *Utilização das fontes*. A decisão cita a doutrina e a jurisprudência de maneira completa e ponderada ou limita-se a invocar elementos que corroboram sua tese, silenciando posicionamentos contrários?
- c. *Interpretação sistemática*. A decisão interpreta o direito vigente de maneira sistemática ou limita-se a indicar normas que favorecem certo posicionamento, ignorando outras?
- d. *Qualidade da subsunção*. A consequência jurídica foi deduzida com rigor lógico de certa premissa ou trata-se de falsa subsunção? Como dissemos, o segundo ocorre frequentemente quando se deduzem consequências concretas de normas principiológicas ou de uma ponderação que permite alegar a prevalência de certo princípio de maneira não fundamentada. Tal como da premissa de



que os homens são mortais não se deduz a data de falecimento de cada um (*certum an, incertum quando*), da premissa de que a Constituição garante o direito à saúde não se deduz, com rigor subsuntivo, que certo paciente tem direito a certo tratamento.

- e. *Qualidade das provas.* As afirmações da decisão que invocam fatos ou tendências foram comprovadas de maneira satisfatória ou permanecem retóricas? Quando uma decisão afirma, por exemplo, que a legislação penal sobre entorpecentes tutela a saúde pública e isso justifica a punição de traficantes e usuários, os julgadores devem apresentar comprovação empírica do nexó adequado e necessário entre a punição criminal e a tutela da saúde pública. Em caso contrário, um cidadão é gravemente sancionado com base em suposições sem fundamento empírico.

3. A segurança jurídica limita o ativismo judicial?

Muitos autores e operadores do direito acreditam que o positivismo jurídico considera predominante o valor da segurança jurídica, enquanto outras correntes teóricas, notadamente as moralistas e as realistas, não se preocupam com a previsibilidade e estabilidade das decisões e sim com a “justiça” da decisão no caso concreto, menosprezando a segurança jurídica. Essas teorias apelariam para o subjetivismo, confiariam no poder “criativo” do aplicador e utilizariam fontes extrajurídicas, gerando imprevisibilidade e incerteza na aplicação do direito. Dito de outra maneira, considera-se que o positivista sugeriria a aplicação estrita das normas vigentes, independentemente de suas consequências sociais, porque isso levaria a decisões previsíveis, sendo a aplicação do direito estável e uniforme (igual para todos).

Essa tese é amplamente difundida no senso comum dos aplicadores do direito e também entre os teóricos, sendo apresentada como argumento a favor do positivismo.²⁹ Parece-nos

29- Ott, 1992, p. 176-177.

que essa proposta de dividir as teorias do direito conforme a relevância que atribuem à segurança jurídica é equivocada.

Em primeiro lugar, não há incompatibilidade entre o moralismo e a segurança jurídica. Como foi demonstrado em estudo que analisou a obra de Robert Alexy, os moralistas estão sim preocupados em garantir a segurança jurídica nas decisões, mediante aplicação objetiva e fiel dos dispositivos vigentes, considerando que a segurança jurídica é um valor (e princípio) que se situa ao lado da justiça, cabendo ao intérprete procurar conciliá-lo com outros princípios em cada caso concreto.³⁰ Dito de outra maneira, os moralistas não negam a segurança jurídica mas negam-se – com plena razão – a considerá-la como um imperativo absoluto.

Há, porém, uma segunda consideração que nos parece decisiva para questionar a vinculação privilegiada da segurança jurídica com o positivismo. Em nossa opinião, o positivismo jurídico *não* se preocupa com a segurança jurídica. Por detrás dessa afirmação encontra-se o problema da definição que será dada à segurança jurídica.

Alguns autores sugerem uma definição ampla, entendendo a segurança jurídica como imperativo de aplicação de certa norma em todos os casos por ela abrangidos e de não aplicação nos demais casos.³¹ Se a norma impõe que todos os advogados paguem uma taxa especial, teremos uma aplicação “segura” do direito – no sentido da uniformidade e da previsibilidade – se a taxa for cobrada de todos os advogados, independentemente de características pessoais (renda, idade...), e se não for cobrada de outras pessoas, por mais que sua atuação se assemelhe à do advogado. Entendida dessa maneira ampla, a segurança jurídica constitui um imperativo genérico e dificilmente questionável. A violação do direito não é uma meta juridicamente defensável e certamente um positivista não a adotaria. Mas justamente por essa razão o conceito amplo da segurança jurídica, equivalente à legalidade, não é interessante.

Uma definição restritiva e mais produtiva da segurança

30- Berteia, 2007.

31- Radbruch, 1999, p. 228.



jurídica consiste em dizer que (a) proíbe as leis retroativas, (b) reduz a liberdade discricionária do aplicador e (c) impõe a taxatividade na formulação normativa. Ora, esses componentes conceituais não podem ser aceitos por um juspositivista pelas seguintes razões:³²

Primeiro, entendendo a segurança jurídica como valor (social, econômico e político), o positivismo não possui motivo para considerá-la como prevalecente em relação a outros valores.³³ Em muitos casos, a adaptação rápida do direito a novas situações ou a correção de equívocos normativos é muito mais vantajosa, para certos grupos sociais, do que a preservação de antigas normas e a insistência em interpretações consolidadas. Em resumo, a multiplicidade de valores e interesses sociais não oferece razão para considerar a segurança preferível em relação aos valores da modernização, da flexibilidade ou da eficiência.

Segundo, entendendo a segurança jurídica como elemento do sistema jurídico (princípio), constatamos que não há, pelo menos no Brasil, garantia positivada e abrangente da segurança jurídica. Sabemos que a Constituição e algumas leis se preocupam, pontualmente, com a segurança jurídica. Temos como exemplos dados pelo art. 5º da Constituição Federal a proibição parcial da retroatividade em certos ramos do direito, a tutela do direito adquirido em algumas situações ou a garantia do direito fundamental à segurança. Mas não há proclamação de um princípio geral de segurança jurídica. Em particular, a segurança jurídica não se encontra entre os “fundamentos” da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição Federal), nem entre seus “objetivos fundamentais” (art. 3º) ou entre os “princípios” das relações internacionais (art. 4º).

Há também normas indicando que o direito positivo não promove a segurança jurídica. Pensemos nas normas retroativas e naquelas que concedem amplos poderes discricionários ao julgador. Exemplo: as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser interpretadas de acordo com os “fins so-

32- Cf. as críticas em Dimoulis, 2006, p. 199-201.

33- Uma análise crítica da segurança jurídica enquanto valor encontra-se em Manrique, 2003.

ciais” da lei, as “exigências do bem comum” e a condição peculiar das crianças e dos adolescentes (art. 6º do ECA). Diante de tais previsões, como dizer que o direito positivo sempre deseja promover a segurança jurídica?

Terceiro, as referências dos doutrinadores à segurança jurídica como um estado de coisas desejável objetivam legitimar o ordenamento jurídico vigente. O argumento da segurança jurídica apresenta o fiel cumprimento do direito como algo positivo, porque promove a paz social, a ordem e a segurança dos direitos fundamentais. Sabe-se, porém, que o positivismo jurídico não deseja legitimar certos ordenamentos ou normas jurídicas, exaltando suas virtudes. Tampouco deseja dar conselhos ao legislador sobre a melhor configuração do ordenamento jurídico. Só deseja descrever o direito vigente, retroativo ou não, “seguro” ou não, em uma palavra, o positivismo pretende analisar o direito como ele é. Ao estudar a estrutura do ordenamento jurídico e ao interpretar seus dispositivos, o positivista adota uma postura de *distanciamento* de suas preferências pessoais e dos valores e interesses de grupos sociais. Procura também se distanciar dos conteúdos normativos e ideológicos do próprio ordenamento, evitando defender as opções legislativas como adequadas, necessárias ou justas e a legitimar seus resultados.

Quarto, o ordenamento jurídico brasileiro considera crucial para a administração da justiça a independência de cada julgador, não admitindo a vinculação pelos precedentes jurisprudenciais, salvo casos excepcionais de decisões com efeitos *erga omnes*. Isso testemunha a opção do constituinte brasileiro a favor do livre exame de cada caso, conforme o convencimento dos magistrados sobre assuntos fáticos e jurídicos, mesmo quando provoca rupturas na continuidade jurisprudencial. Temos aqui uma derradeira indicação de que a estabilidade e a previsibilidade das decisões não constituem prioridade para o direito brasileiro.

4. Observações conclusivas

A opção teórica a favor ou contra o positivismo jurídico não



é um assunto de interesse meramente teórico. Apresenta grande relevância prática, pois se relaciona com a determinação do papel social do Poder Judiciário. As nossas análises indicam que o positivismo jurídico afasta opções políticas e construções teóricas irracionais que sugerem a ampliação ou a restrição do papel do Poder Judiciário com base em considerações externas ao direito vigente.

Constatamos também que o argumento da segurança jurídica possui natureza prevalentemente ideológica e não permite limitar as competências do Judiciário, alegando o suposto risco de subjetivismos e “surpresas”.

Reconhecendo a amplitude das competências do Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro que garante o acesso à justiça praticamente irrestrito, mesmo em temas controvertidos e politicamente sensíveis, o positivismo jurídico admite também que o julgador é livre para impor suas *preferências*, dentro do quadro das decisões aceitáveis que traçam normas superiores. O julgador pode fazer isso sem se preocupar com o (falso) imperativo de respeitar a segurança jurídica. Mas deve comprovar sua competência e oferecer fundamentação satisfatória conforme as regras do ônus argumentativo.

Bibliografia

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos; elementos de crítica ao neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*; ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 237-264.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. In: SOUZA NETO; Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 599-635.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-249.

———. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação jurídica. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Org.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 221-249.

———. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). In: SOUZA NETO, Cláudio



Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 167-175.

BERTEA, Stefano. How non-positivism can accommodate legal certainty. In: PAVLAKOS, George (Org.). *Law, rights and discourse; the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart, 2007. p. 69-82.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo; ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

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. p. 17-42.

DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico; introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

———. *Manual de introdução ao direito*. São Paulo: RT, 2007.

———. Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glaucio Salomão (Org.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 43-59.

———; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional; superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 179-199.

———; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Efeito transcendente, mutação constitucional e reconfiguração do controle de

constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 7, 2008a, p. 217-238.

—; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 15, 2010, p. 161-181.

—; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo judicial no controle de constitucionalidade*; uma definição qualitativa, 2011. Texto inédito.

—; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*; as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2009.

FRANCISCO, José Carlos. *Princípios constitucionais fundamentais, justiça e pós-positivismo*, 2009. Texto inédito.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Graziela Marisa. As sentenças determinativas e o juiz. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 136-148.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Juliana Maggi. O direito de greve dos servidores públicos e o STF. In: COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana (Org.). *Jurisprudência constitucional*; como decide o STF?



São Paulo: Malheiros, 2009. p. 483-499.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional; um problema de teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. A sentença determinativa reconhecida. In NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006. p. 149-168.

———. Direito à segurança na Constituição Brasileira. In: CARVALHO, Leonardo Arquimimo de et al. (Org.). *Segurança e defesa na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 156-179.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 117-168.

MANRIQUE, Ricardo García. Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. *Doxa*, n. 26, 2003, p. 477-515.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAIS, Manoel dos Reis. Juiz responde às cartas sobre invasão de terreno. *Estado de Minas*, 12 abr. 2010. Disponível em: <https://docs.google.com/Doc?docid=0AVk_PB7xrQxiZGRqcnBtcV81NWMzNDY0ZmR6&hl=en>.

MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo; a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

OTT, Walter. *Der Rechtspositivismus*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

QUARESMA, Regina et al. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, Elivalda Silva. *Ativismo judicial; parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: RT, 2005.

———. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin et al. (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 429-439.

———. O tempo como fator de aplicabilidade das normas constitucionais: o peso dos vinte anos. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 8, 2008, p. 151-164.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

———. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 9-49.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges; constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.



TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

———. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 2, 2007, p. 9-28.

———. *Nova lei da súmula vinculante*. São Paulo: Método, 2007a.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008, p. 389-406.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty*; an institutional theory of legal interpretation. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008, p. 441-463.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: COUTINHO, Diogo; VOJVODIC, Adriana (Org.). *Jurisprudência constitucional; como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009. p. 275-300.