

## LA FUNCIÓN Y LA LEGITIMIDAD DEL PODER JUDICIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO BRASILEÑO: ¿UN ACTIVISMO NECESARIO?\*

CAROLINE MULLER BITENCOURT\*\*

Profesora de la Universidad de Santa Cruz do Sul, Brasil  
carolinemb@unisc.br

CLOVIS GORCZEWSKI\*\*\*

Profesor de la Universidad de Santa Cruz do Sul, Brasil  
clovisg@unisc.br

*RESUMEN: Considerándose las grandes transformaciones sociales ocurridas especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, la contemporaneidad devela distintas crisis estatales en las que el Derecho asume un papel de relieve en el intento de contestar a la pluralidad de situaciones y de conflictos existentes que involucran los derechos y deberes de los ciudadanos. Con el advenio de los Estados Democráticos, se inaugura una noción de ciudadanía activa, que pasará a reclamar ante la jurisdicción la gama de derechos que se le garantizan a través de la incorporación en las Constituciones contemporáneas como derechos y principios fundamentales, destacándose la positivación de derechos y contenidos de difícil determinación, como es el caso del principio de la dignidad de la persona humana. Dicho principio, dotado de fuerza normativa, se hace informador de toda acción de los poderes instituidos, vinculándolos a su necesaria concretización. En este escenario, cuando los ciudadanos pasan a reclamar sus derechos al Poder Judicial como última instancia en la búsqueda por la tutela de sus derechos, la jurisdicción constitucional asume la “función” de regente de los anhelos de la población, adoptando una postura activa, resultando en la discusión sobre si dicha actuación consiste en una afrenta a la teoría de la Separación de Poderes.*

*ABSTRACT: Considering all important social transformations, especially those that happened after II World War, contemporary times show us many State crises in which Law takes a primary role trying to answer to all situations and conflicts regarding the rights and duties of citizens. The arise of Democratic States brought back the “active citizenship” concept and people started claiming to the jurisdiction for their rights, which are incorporated in contemporary Constitutions as fundamental*

---

\* Trabajo recibido el 10 de junio de 2016 y aprobado el 19 de octubre de 2016.

\*\* Abogada, maestra y doctora en Derecho (Universidad de Santa Cruz do Sul). Profesora de la Universidad de Santa Cruz do Sul, Brasil. carolinemb@unisc.br.

\*\*\* Abogado, doctor en Derecho (Universidad de Burgos, 2001), posdoctorado en Derecho (CAPES-Universidad de Sevilla, 2007), posdoctorado en Derecho (CAPES –Fundación Carolina– Universidad de La Laguna, 2010). Profesor de la Universidad de Santa Cruz do Sul, Brasil. clovisg@unisc.br.

*rights and principles. We can highlight among them the affirmation of rights and contents which are hard to determine, as the principle of the human being dignity, for example, which became the main base of the constitutional rules, and has its correct normative strength and, at the same time, works as a basic principle and informs all actions of the instituted powers, making possible their necessary concretization. From this background, when citizens start claiming for their rights to the Judiciary Power, as their resource to guarantee their rights, constitutional jurisdiction is considered as a coordinator of citizens' wishes and it takes an attitude, which results in a question about its role: if it is an offense to the theory of the Powers Separation.*

*PALABRAS CLAVE: Dignidad de la persona humana, Democracia, Derechos fundamentales, Poder Judicial, Separación de poderes.*

*KEYWORDS: Human being dignity, Democracy, Fundamental rights, Judicial Power, Powers separation.*

## CONSIDERACIONES INICIALES

Teniéndose en vista el papel atribuido al Judicialario en la concepción originaria propuesta por Montesquieu, indiscutiblemente se estaba pensando en la actividad de ejecución de las leyes, sin propiamente pensar en el Judicialario como una estructura complejamente compuesta, así como la tenemos en los días actuales. La idea era la de un poder para expresar la ley según la intención del legislador, sin siquiera imaginarse cualquier actividad creativa de parte de los jueces.

Referida propuesta encuentra respaldo legal en la situación histórica social del liberalismo de los siglos XVII y XVIII, cuando firmándose un régimen legalista en el que todos deberían someterse a la voluntad de la ley como expresión máxima de esta nueva sociedad que surgía y se firmaba en contra de los abusos del Estado Absolutista. El papel de la legislación era fundamental en la garantía de las conquistas burguesas a través de la positivación de derechos fundamentales, individuales, como la libertad, la igualdad formal, la vida y la propiedad. La interpretación de la ley era un problema que no se proponía, aspecto que solamente se puso en claro con la superación de la identificación entre derecho y ley.

Ya el constitucionalismo democrático del siglo XX, basado en el binomio dignidad humana/solidaridad social, que poco recuerda la tradición napoleónica de derecho privado, no comporta una cultura jurídica extremadamente positivista.

### LA CUESTIÓN DE LA ACTUACIÓN MÁS INTERVENCIONISTA DEL PODER JUDICIARIO Y SU LEGITIMIDAD EN LAS DECISIONES SOBRE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Estos derechos, mientras valores supremos de una comunidad y ahora en la condición de normas, dada su positivación, dependen para su eficacia de la

participación política y jurídica, tanto de su respeto como de su interpretación y aplicabilidad, lo que conforma la apertura constitucional a sus ciudadanos, concretizando así la propia Constitución a través de la democratización del sistema de derechos fundamentales<sup>1</sup>.

El comprometimiento de parte del Estado con la participación jurídico-política de la comunidad, privilegia la acción y no la abstención, en sentido de que se reclaman del Estado acciones positivas, pasibles de control en virtud de las omisiones de los poderes Legislativo y Ejecutivo en lo que toca a sus deberes de legislación y de prestación. La cuestión del control acarrea, a su vez y en alguna medida, la ascensión del Poder Judicial, que en calidad de “último intérprete de la Constitución”, acaba por actuar como “regente republicano de las libertades positivas”<sup>2</sup>.

“A associação entre um extenso catálogo de princípios e direitos fundamentais e um complexo e abrangente sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis sinaliza para um modelo constitucional no qual o Poder Legislativo não goza de uma supremacia incontestável, nem é o representante de uma soberania popular absoluta e ilimitada e, por consequência, não dispõe de total liberdade na definição de fins e valores no plano legal. Por um lado, o exercício do Poder Legislativo é limitado e condicionado normativamente pelas normas constitucionais e, de outro, é limitado e controlado institucionalmente pelo exercício da jurisdição constitucional. Essa coexistência, no plano constitucional, entre regime democrático e órgãos e procedimentos de representação e exercício da soberania popular, com um catálogo amplo e generoso de direitos fundamentais normativamente vinculantes à legislatura e uma jurisdição constitucional extremamente abrangente está fadada a produzir sérios problemas de definição de limites entre as competências do domínio Legislativo e as funções do domínio judicial”<sup>3</sup>.

Es innegable la importancia que asume el Judicial en la sociedad contemporánea y, en alguna medida, en nombre de la eficacia de los derechos, la propia sociedad no puede renunciar a dicha garantía y protección. De esa manera, el Judicial pasa a asumir un papel que le impone la propia sociedad, como enseña Leal:

“Respeitadas as variáveis de um ou outro modelo de Estado, pode-se afirmar que surge um Estado-Juiz mais compromissado com a manutenção da pacificação das relações

---

<sup>1</sup> CITTADINO (2002), p. 29.

<sup>2</sup> CITTADINO (2002), p. 29.

<sup>3</sup> MELLO (2004), p. 175.

sociais, o que implica um compromisso com a mudança estrutural das relações de forma mantidas na sociedade. Mas quais os efeitos práticos deste compromisso então? Em primeiro plano, um Judiciário que vai se ocupar mais do tema que envolve a independência dos poderes entre si e das formas de controle do exercício destes poderes pelos diferentes órgãos da Administração Pública e do Legislativo. Em segundo lugar, um Judiciário que vai operar mais no âmbito preventivo das violações de direitos individuais e coletivos, dando maior efetividade à jurisdição como espaço de garantia e concretização das regras formais estabelecidas pelo sistema jurídico como um todo<sup>4</sup>.

Indudablemente, hay un gran riesgo a la democracia y a la ciudadanía con la existencia de un Judicial soberbio, con características paternalistas y decisiones absolutas. El Poder Judicial no puede actuar de forma incompatible y no condescendente con los deberes democráticos; debe, sí, fiscalizar cada poder para que realice los derechos fundamentales. No se puede, en el proceso hermenéutico de interpretación constitucional, poner en riesgo la lógica de la democracia, de la separación de poderes. Aunque que en la práctica, al recurrirse a argumentos del derecho no positivado, debe procurar limitarse a proferir decisiones correctas, condescendientes con lo que alude el texto constitucional y no ocuparse de la creación del derecho<sup>5</sup>.

Sin embargo, como bien enseñan las lecciones de Kaufmann, el juez que “pronuncia la ley” nada más hace que contribuir para decir un derecho que es lenguaje, que nunca será algo unívoco, sino análogo. En esa esfera, la cuestión versa acerca de cómo el derecho se podrá comprender hermenéuticamente cuando el derecho se aplica, cuando se realiza, pues es a través de esta actuación judicial que el ser (el sujeto) y el deber ser (la norma) entrarán en contacto<sup>6</sup>.

Ante la quiebra de los métodos tradicionales de aplicación y de interpretación del derecho<sup>7</sup>, porque no atienden a las complejas demandas, la sociedad

<sup>4</sup> LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea. Uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 47.

<sup>5</sup> 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: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 32.

<sup>6</sup> KAUFMANN, Arthur. *Hermenéutica y Derecho*. Colección Filosofía, Derecho y Sociedad. Traducción de Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Comares, 2007, pp. 9-10.

<sup>7</sup> Alexy, cuando trata de la teoría de la argumentación jurídica, apunta los motivos que habrían llevado a la superación de la subsunción mientras método interpretativo. El primero se refiere a la imprecisión (y se resalta que una norma deberá ser interpretada de modo que cumpla su objetivo –que podrá ser llena de conflictos si los intérpretes tienen concepciones distintas– existente en el lenguaje del derecho; el segundo, se

contemporánea reconoce la necesidad de una interpretación más creativa de los jueces. Cuando se habla de una interpretación más amplia y en flexibilización de la norma legal, no se está pretendiendo desenganchar al juez del texto expreso, del principio de la legalidad y de sus máximas como previsibilidad y anterioridad de la ley, incluso porque el juez siempre está vinculado al ordenamiento jurídico, especialmente cuando la materia esté relacionada a los derechos fundamentales. Quitar de las esferas democráticas, de la participación popular las decisiones referentes a la ejecución y a la concretización de estos derechos que indiscutiblemente son el campo más fértil y adecuado para la construcción de la sociedad que se pretende con la institución de un Estado Democrático.

Pero la gran cuestión que se pone es la de cómo quedan los derechos fundamentales y especialmente la dignidad de la persona humana mientras no haya el perfeccionamiento democrático, la conciencia ciudadana y la solidaridad que presupone la democracia, además de la toma de conciencia, pues la carga democrática incide justamente en el hecho de que, para la concretización de los preceptos constitucionales se necesita compromiso social, participación activa y comprometida, cultura y conciencia constitucional:

“Todavía, em uma república constitucional substantiva, os valores fundamentais para a dignidade da pessoa e para a justiça política da comunidade não ficam inteiramente à disposição das instâncias democráticas. Neste regime, os bens e valores essenciais da comunidade protegidos através dos princípios e direitos fundamentais da constituição são tutelados pelo Poder Judiciário no exercício da função de rnou mas litigante e guardião da constituição. A Constituição Federal brasileira é um modelo nítido de democracia constitucional que adota um regime republicano substancialista, ao prescrever que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal e, por extensão, em virtude da adoção do controle difuso de constitucionalidade, todo o Poder Judiciário, quando exerce a jurisdição constitucional, representam a soberania popular no que concerne à garantia final dos bens e valores essenciais reconhecidos pelo poder constituinte e consolidados nos princípios e direitos fundamentais da Constituição”<sup>8</sup>.

---

refiere a las diversas posibilidades de conflictos entre las normas; tercero, las posibilidades de que haya casos que requieran una reglamentación jurídica, cuando no se encuadren en ninguna norma válida existente; y por último, la posibilidad, en casos especiales, de que una decisión sea contraria a la literalidad de una norma. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Traducción de Cláudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005, pp. 33-35.

<sup>8</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 187.

Es necesario que se tenga la claridad de que esta concepción, que ve en el Judicial el último refugio de un ideal democrático desencantado por la falta de efectución no es un problema coyuntural, sino fruto y directamente relacionado a la propia dinámica de las sociedades democráticas. La sociedad no está más litigante porque se han caído las barreras procesales, pero porque la democratización del propio derecho induce al conocimiento y a la pretensión de la tutela y de la garantía de los derechos. La explosión del número de procesos no es un fenómeno judicial, sino un fenómeno social, fruto del propio ejercicio democrático, es decir, el papel que ocupa el Judicial en el constitucionalismo contemporáneo no deja de ser fruto de la inercia de los demás poderes ante las cuestiones sociales<sup>9</sup>.

La realidad que asola las sociedades democráticas acaba, pues, provocando la existencia de una jurisdicción constitucional activa. El contenido de la teoría de los derechos fundamentales, sea en su perspectiva subjetiva y objetiva, en la eficacia irradiante, sea en su aplicabilidad inmediata, pone el Judicial en una posición de portavoz de los derechos fundamentales, concretizándolos en alguna medida en un camino inverso, a la medida en que las demandas se proponen a la jurisdicción. Seguramente, la decisión de los rumbos de estos derechos se debería dar en la esfera pública, pero también es un hecho que no puede el Judicial abstenerse de juzgar una demanda notariamente garantizada por la Constitución como el acceso a la salud, a la educación, entre tantos otros.

El problema que involucra la cuestión de la ascensión judicial no debería tener su enfoque referente a la legitimidad de la actuación de este poder, pues en la mayoría de las veces cuando se lo acciona es justamente en nombre de la lesión de un derecho fundamental, actuando en esta arena en nombre de la protección y garantía de la Constitución. Dicho esto, lo que puede y debe ser objeto precipuo de esta discusión no es su legitimidad democrática, sino sus límites de actuación en nombre de la realización constitucional.

“Por eso, la cuestión relativa a la compatibilidad entre creación judicial del derecho y sometimiento del juez al ordenamiento jurídico, constituye más bien un problema de *límites* a dicha actividad creativa. Desde el punto de vista de la interpretación judicial, es evidente que el juez está sujeto a límites. De una parte, la Constitución misma de tal forma que toda interpretación judicial ha de ser conforme con la norma constitucional”<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Renan, 1999, pp. 25-26.

<sup>10</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María. *El poder judicial y sistema de fuentes*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 85.

En este contexto, el problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional no puede ser resuelto en el campo puramente especulativo, en embates entre los que están en contra o a favor de la acción activa del Judicial. Cuando se trata de realizar derechos de los ciudadanos, las soluciones no se pueden resumir como válidas o inválidas, porque no existen soluciones universales. En el mundo occidental, donde el papel de la actuación política ha crecido en distintas áreas, el control inevitablemente propenderá a adquirir contornos más acentuados. Así, el principio democrático exige que todos tengan “voz” en el proceso político, pero también que, al mismo tiempo, se garantice a la minoría de hoy hacerse la mayoría de mañana. Si los derechos más básicos, tales como las libertades de expresión, de opinión y de asociación, se pudiesen limitar por la voluntad de la mayoría de hoy, el propio principio democrático sería perjudicado. Dicha premisa no es distinta para los derechos de cuño social, donde impedir el acceso a la justicia y a la política sería una violación al más básico de los derechos<sup>11</sup>.

No obstante, ¿qué decir de la realidad brasileña, donde siquiera los más básicos<sup>12</sup> derechos han sido debidamente garantizados a lo largo de la historia, con una democracia de veras inmadura, que constitucionalmente positiva al ciudadano como aquel que está en pleno goce de sus derechos políticos? Esta interrogante remite a la reflexión sobre cómo y a quién cabe concretizar, dar vida a la Constitución mientras no se llegue al nivel deseado de realización

---

<sup>11</sup> CAPELETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of “constitutional justice”*. Catholic University Law Review, Vol. 35, 1985, pp. 27-28. Texto original: The “mighty problem” of the legitimacy of judicial review cannot be solved by means of purely speculative, abstract solutions valid for any place and time. Indeed there are no such universal solutions; and surely a page of realistic comparative analysis can be more worthy than many books of such abstract speculations. Should our judges today be of the kind that prevailed in pre-Revolutionary France, then of course judicial review would be hardly legitimate. But in our Western world, in which the roles of the political branches have grown into so many areas of our life, and indeed inevitably so, the scrutiny of a more “detached,” though not literally “separate,” judiciary can be most salutary. [...] The democratic principle requires that everyone should have a “voice” in the political process and that it be possible for the minority of today to become the majority of tomorrow. If basic rights such as the freedoms of speech, of opinion, of association could be limited, without due process, by the majority of today, the very democratic principle would be impaired; and this is no less true for the “new rights” of a social and economic nature, for their rationale is to make effective the most basic of all democratic entitlements –the right of access to the legal and political system.

<sup>12</sup> En ese sentido, se puede construir una crítica con relación a la falta de efectividad del derecho a la salud y a la situación calamitosa en los hospitales públicos; también se puede hacer referencia al alto índice de analfabetos y evasión escolar, demostrando la falta de concretización del derecho fundamental a la educación, cuando la escuela debería ser la formadora de verdaderos ciudadanos; los altos índices de trabajo infantil y esclavo en Brasil; en definitiva, escenas constantes de total indignidad a quien sufre y mucho la desidia de los poderes públicos.

democrática, de ciudadanía activa y de compromiso social. Seguramente que no incumbirá dicha tarea exclusivamente al Poder Judicial (porque ya se ha mencionado el riesgo de la concentración de poder), pero no hay dudas de que él es una de las figuras decisivas en este proceso de democratización del derecho, en el que el ciudadano pasa a buscar la tutela de sus derechos, la realización de las promesas constitucionales, poco cumplidas en la realización cotidiana de la vida política brasileña:

“Os juizes deverão aceitar a realidade da transformada concepção de direito e da nova concepção de estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”<sup>13</sup>.

Entonces, en lugar de solamente criticar esta actuación intervencionista del Judicialario en sentido genérico, hacen falta críticas concretas a decisiones incoherentes y discrecionales que atenten contra la democracia, pues una decisión que garantiza la libertad y los derechos fundamentales a aquellos que buscan su tutela sólo tiene el don de reforzar la democracia y no lo contrario, como enseña Capeletti: *“Let us condemn judicial decisions that in our perceptions are wrong. But let us be aware that there is a worth and a legitimacy in an institution whose very raison d'être is to control the political power and to protect us against abusive exercise of that power”*<sup>14</sup>.

Así, vale observar la crítica de Appio:

“Ao formular políticas públicas que atendem suas prioridades pessoais, através da “interpretação adequada da Constituição”, os juízes se lançam em verdadeira aventura política, não possuindo real controle sobre suas conseqüências no processo, do que resultam graves impasses constitucionais. A fixação de limites à própria jurisdição representa, neste contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca pela plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento

<sup>13</sup> CAPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 42.

<sup>14</sup> CAPELETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu? the expansion and legitimacy of “constitutional justice”*. Catholic University Law Review, Vol. 35, 1985, p. 32. Traducción: “Vamos a condenar las decisiones judiciales que están en nuestras percepciones equivocadas. Pero seamos conscientes de que hay un vale y una legitimidad de una institución cuya propia razón de existir es la de controlar el poder político y para protegernos en contra del ejercicio abusivo de ese poder”.

de delicado equilíbrio necessário a democracia. Um governo de juízes, neste sentido, em nada se difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de poder político junto a um único órgão”<sup>15</sup>.

Sin embargo, la judicialización de la política no tiene que, necesariamente, conducir a un activismo judicial desmedido, pues ésta puede y debe estar vinculada a una ciudadanía activa y a la apertura de los intérpretes de la Constitución, aportando una ciudadanía jurídicamente participativa a través de la presión política ejercida sobre las decisiones de los Tribunales, basada en la publicidad de las sentencias y tantas otras medidas a concretar.

Es manifiesto el carácter predominantemente creativo de la actividad judicial de interpretación y de actuación en los derechos sociales. Sin embargo, se destaca el hecho de que la distinción entre el papel tradicional de los jueces y el actual es mucho más de grado que propiamente de contenido, pues es el grado de abstracción que propicia la expansión de la discrecionalidad judicial, es decir, leyes vagas e imprecisas conducen al proceso de actuación judicial<sup>16</sup>.

Actuación esta que según buena parte de sus críticos, se nombra como una actuación autorreferencial, pues:

“O fato de existir uma instância cuja principal função é julgar as sentenças é também uma ilustração de caráter circular do ordenamento jurídico. É mediante normas jurídicas que são fixadas as condições de produção das regras de direito e sua própria aplicação pelos juízes é encerrada num sistema auto-referencial: o único juiz dos juízes é um outro juiz. Uma vez atingido o último grau de jurisdição, o jurisdicionado não tem mais nada que esperar, pelo menos no interior do sistema que assim se fechou”<sup>17</sup>.

Aunque muchas sean las críticas a la forma de actuación de los jueces en la contemporaneidad, la experiencia ha demostrado que el Estado Democrático de Derecho no funciona sin una justicia constitucional, que generalmente incumbe a la realización de los contenidos notoriamente esenciales y principios lógicos ante su carga valorativa<sup>18</sup>, por eso, pues, la concretización de los derechos fun-

<sup>15</sup> APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1ª ed., 4ª reimpresión. Curitiba: Juruá, 2007, p. 71.

<sup>16</sup> CAPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Traducción de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 42.

<sup>17</sup> RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Traducción de Ednir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 260.

<sup>18</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

damentales necesita su interpretación. Por lo tanto, la crítica que se atribuye a la jurisdicción acusándola de ilegítima en su actuación interventora y concretizadora de los contenidos constitucionales deberá estar consciente del obstáculo que dicho enfrentamiento constituye en el intento de dar vida a estas normas:

“Uma jurisdição constitucional ativa no controle do processo político não deve ser vista como uma restrição ilegítima da soberania popular. Sem dúvida que o ativismo judicial no controle da constitucionalidade importa em uma limitação da democracia. Entretanto, uma democracia constitucional como a brasileira, caracterizada pela convergência entre o elemento democrático, o elemento moral substantivo e o elemento judicial, converte a jurisdição constitucional em uma das formas de expressão da soberania popular”<sup>19</sup>.

Proponiéndose a solucionar la traba entre la necesidad de concretización de derechos y el peligro de depositarse la solución de la vida política y social de una comunidad a un único poder, nos inclinamos a buscar la construcción de una jurisdicción constitucional actuante, democratizándose su papel en la sociedad.

“O processo de democratização do Poder Judiciário não se insere somente na criação de controles democráticos das atividades que não sejam jurisdicionais, ao contrário, vai mais além, já que, trata-se também de um processo de desmistificação do sistema judicial, portanto, de transparência e simplificação das suas atividades”<sup>20</sup>.

La teoría de la interpretación de una sociedad que se presenta cerrada reduce el espacio para la interpretación, pues estará solamente en el ámbito del Poder Judicial y en los procedimientos formalizados. El derecho deberá buscar una teoría que considere la Constitución, asimismo la realidad constitucional. Para ello, necesita la incorporación de las ciencias sociales, de las teorías jurídico-funcionales y de métodos hermenéuticos que despierten el interés y se vuelvan precisamente al entendimiento de los ciudadanos en la realización del bienestar de todos<sup>21</sup>.

Según Häberle, lo ideal para la concretización de las normas constitucionales es que el proceso de interpretación y de concretización se diese en sentido lato

---

<sup>19</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 186.

<sup>20</sup> DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, pp. 36-38.

<sup>21</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Traducción de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 11.

(por todos los que viven la Constitución y, por eso, son sus legítimos intérpretes) y estricto (por los órganos jurisdiccionales). Sin embargo, reconociendo la importancia de las dos en el proceso de concretización de la Constitución, él llama la atención al riesgo de quedar restringido solamente a las formas tradicionales en el sentido de endurecer la Constitución al pluralismo cultural, estratificando su propio desarrollo. Por eso, deberán coexistir la interpretación en sentido lato y en sentido estricto, aunque considere la segunda de mayor importancia, pues debe ésta considerar la primera en su proceso interpretativo. Así, mayor será la legitimidad de la decisión pronunciada por la jurisdicción en caso de que sea condescendiente con la interpretación hecha por el círculo abierto, es decir, la interpretación en sentido estricto deberá actuar como un espejo, pues deberá reflejar la interpretación lata. Pero siempre subsistirá a la jurisdicción constitucional aportar la última interpretación de la Constitución que, para ser legítima, deberá estar de acuerdo con la primera<sup>22</sup>.

De hecho, toda actuación judicial, para ser legítima, deberá estar en consonancia con los valores democráticos; por lo tanto, la creatividad judicial encuentra límites formales constitucionalmente positivados. Le interesa al Estado de Derecho discutir sobre la función, legitimidad y límites del Poder Judicial. La experiencia histórica demuestra la necesidad de luchar en contra de la concentración exacerbada de poder en las manos de un único hombre, de un único órgano o institución; por eso, no hay otro camino sino buscar la democratización del Poder Judicial.

El concepto de independencia de los poderes tiene, a su vez, en el constitucionalismo democrático otros contornos, pues puede tratar de la independencia de uno con relación a los otros, pero todos están enganchados con la realización de los derechos fundamentales:

“En su origen la independencia judicial aparece íntimamente ligada al principio de división de poderes. Pero inicialmente la independencia se predica de *todos* los poderes, especialmente del Legislativo y del Judicial respecto al Ejecutivo. En este momento, la independencia tiene su razón de ser en sí misma. Se trataba de garantizar la independencia recíproca de órganos provenientes de soberanías distintas. En su base, cada poder obedece a una diferente legitimidad, monárquica en un caso, democrática en el otro, y a una diferente realidad social, esto es, cada poder constituye la expresión de una clase social distinta. En la actualidad, esta dualidad ha desaparecido, de tal modo que todos los poderes obedecen a una única legitimidad democrática, lo que necesariamente ha incidido en la razón de ser de la independencia, que ya

<sup>22</sup> HÄBERLE. *Op. cit.*, pp. 41-43, *passim*.

no se justifica en sí misma, sino en la medida en que es necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones propias de cada poder. Además, en el momento actual, y como consecuencia de los partidos políticos, se ha relativizado la independencia *real* entre el Parlamento y el Gobierno”<sup>23</sup>.

En el Estado contemporáneo no se puede definir formalmente el límite entre lo político y lo judicial, pues en la fase actual la justicia no consigue y tampoco puede más ser apolítica. Indiscutiblemente, muchos derechos nacen de una interpretación judicial y, *posteriori*, vienen a ser positivados en la esfera legislativa (por ejemplo, la acción de “mandato de seguridad” –mandamiento judicial–, poder de policía, la responsabilidad civil de personas jurídicas por actos ilícitos, etc.). En ese contexto, la distancia entre las funciones latentes de los poderes constituidos resulta algo paradójal y utópica. Ante la admisión legislativa, se acciona el Judicial; ante la inercia del Ejecutivo, se repite la misma situación, pues normativamente hablando, al Poder Judicial le fue dada la incumbencia de ser la última voz para la protección de un derecho.

“O Poder Judiciário é o guardião da constituição e do equilíbrio entre os direitos fundamentais e a soberania popular. Por isso os órgãos de representação da soberania popular exercem uma preferência tão-somente relativa na concretização constitucional. Ainda assim, é uma preferência legitimada pela moralidade democrático-republicana e pelo valor epistêmico das suas decisões”.

Esto expuesto, la interrogante que otrora se debería hacer no es, propiamente, si hay afrenta al concepto de independencia y armonía y cuando el Judicial interviene con intención de garantizar y de proteger los contenidos constitucionales, sino si éste está preparado para dicha tarea y cómo se pueden desarrollar medios de control para que esa actuación sea condescendiente con el sistema democrático, con los principios constitucionales y con el clamor social, fruto de la necesidad y anhelo de los ciudadanos.

No restan dudas de que éste es un terreno peligroso, en el que la doctrina hermenéutica y constitucional aún gatean ante la complejidad y el volumen de las demandas en el intento de encontrarse un término medio entre la discrecionalidad arbitraria y la interpretación en conformidad con la Constitución y con la realización de preceptos fundamentales. Una posible solución a este aspecto necesita, por lo menos, considerar las peculiaridades brasileñas, como las condiciones estructurales de la población, del gobierno, de la multiplicidad cultural y

<sup>23</sup> NAVAS SÁNCHEZ, María. *El Poder Judicial y Sistema de Fuentes*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 41.

las discrepantes desigualdades socioeconómicas y culturales, sin referir la falta de comprometimiento con la ciudadanía y el proceso democrático de parte de los ciudadanos y de los poderes constituidos:

“A garantia dos direitos fundamentais, tanto os liberais e políticos quanto os sociais, depende de um Poder Judiciário ativo e capaz de exercer uma vigilância jurídica sobre o processo político de concretização da constituição. Não é possível nem uma confiança cega na democracia deliberativa, nem uma desconfiança total em relação à política. Uma constituição democrática impõe limites e direção ao processo político, e o controle do respeito desses vetores é tarefa indelegável da jurisdição. Essa é a consequência decisiva da assunção de um regime constitucionalista de exercício da soberania popular, vale dizer, de um regime jurídico-político que retira da esfera de disponibilidade das instâncias de representação popular alguns conteúdos considerados essenciais para assegurar e preservar a existência digna das pessoas e a justiça política da comunidade. Os bens e valores que preenchem o conteúdo dos princípios e direitos fundamentais orientam, predeterminam e limitam o espaço de decisão da democracia deliberativa. No entanto, sem a garantia do recurso à jurisdição constitucional, a pré-determinação e a limitação constitucionais do processo democrático seriam inoperantes”<sup>24</sup>.

En medio de los incansables debates entre sustancialistas y procedimentalistas<sup>25</sup>, Hennig Leal<sup>26</sup>, en la conclusión de su obra, propone una coherente fusión entre estas corrientes, pues cree que una no es necesariamente excluyente de la otra; todo lo contrario, serían corrientes con lógicas integradoras. A su modo de ver, la legitimidad democrática presupone tanto un elemento formal como material y no se puede restringir la actuación de un Tribunal, pues esto implicaría una restricción a la propia democracia, así como no puede la democracia ser tomada siempre desde una perspectiva representativa. En este campo, la cuestión de la legitimidad de la jurisdicción pasa no exactamente por la fijación de sus límites, pero propiamente por cómo se deberá dar el control de contenido normativo.

---

<sup>24</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 185-186.

<sup>25</sup> Los primeros, defendiendo un papel interventivo del Judiciario en nombre de la garantía de los derechos fundamentales; y los segundos, aquellos que creen que la función mayor es la de garantizar el proceso democrático, donde la concretización de los derechos se da por la participación de los ciudadanos.

<sup>26</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

De otro lado, no hay duda alguna de que, para que los ciudadanos puedan tener voz activa y efectiva participación, se hace necesario garantizar un mínimo de concretización de derechos fundamentales al ejercicio democrático. Sin la práctica de los derechos del hombre y del ciudadano, el “pueblo” se mantiene como una metáfora abstracta sin la debida significancia. En las palabras de Müller: “Por meio da prática dos Humans Rights ele se torna, em função normativa, ‘povo de um país’ de uma democracia capaz de justificação (...)”<sup>27</sup>.

La conducta activa del Judiciario en la garantía y efectucción de los derechos fundamentales puede ser decisiva en el aporte de las mínimas condiciones de ejercicio de la propia ciudadanía, fortaleciendo el principio democrático en el Estado de Derecho. La desmitificación del “mito de la separación” (en el sentido de no injerencia o no intervención) y el reconocimiento de que, en una República constitucional, donde los valores primordiales que componen el eje del ordenamiento jurídico, como la dignidad humana, son los vectores esenciales que permiten la superación de la rigidez del concepto de independencia entre poderes. La armonía presupone una cooperación entre ellos para atender a las nuevas exigencias de la sociedad democrática y pluralista de la contemporaneidad.

En las palabras del Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

“Ao exigir o respeito às garantias do devido processo legal e das liberdades em geral, o Supremo, além de agir como guardião da Constituição, impede que o Estado Constitucional seja transformado em Estado de Polícia. O cumprimento dessas complexas tarefas, todavia, não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há “judicialização da política”, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tem a real dimensão de que não lhe cabe substituir-se ao legislador, muito menos restringir o exercício da atividade política, de essencial importância ao Estado Constitucional. Os Poderes da República encontram-se preparados e maduros para o diálogo político inteligente e suprapartidário. Nos Estados constitucionais contemporâneos, legislador democrático e jurisdição constitucional têm papéis igualmente relevantes. A interpretação e a aplicação da Constituição são tarefas cometidas a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade. A imanente e aparente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre jurisdição constitucional e legislador democrático é o que alimenta e engrandece

<sup>27</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 3ª ed., São Paulo, Max Limond, 2003, pp. 63-64.

o Estado de Direito, tornando-lhe possível o desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, baseada em princípios e valores fundamentais”<sup>28</sup>.

#### ALGUNOS EJEMPLOS EN LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA DE LA POSTURA ACTIVA DEL SUPREMO TRIBUNAL A TRAVÉS DE LA “INTERPRETACIÓN SEGÚN LA CONSTITUCIÓN”

El Supremo Tribunal Federal actúa como intérprete final de la Constitución y le cabe velar por las reglas del juego democrático, debiendo el control ser mayormente técnico-jurídico y no político-ideológico. Debe entonces el Supremo ser, ante todo, el guardián de un proceso dialógico de la formación de la voluntad constitucional, garantizándose vía argumentación jurídica la claridad de sus razones. No se puede olvidar que él goza de una posición de primacía en la determinación del sentido y alcance de la Constitución y de las leyes, pues le cabe la palabra final, que vinculará los demás poderes<sup>29</sup>.

No hay duda de que dicha posición de primacía en la interpretación constitucional, además de conferirle innúmeros poderes, le delega al STF importantes atribuciones, al final es él que, en última y, por tanto, irrecurrible instancia va a decir qué es el derecho, al menos aquello que en la praxis será determinado al caso concreto<sup>30</sup>. Sin embargo, está sujeto a crítica como cualquier otro poder, obviamente, fruto de las implicaciones de una legitimidad democrática.

Tal postura proactiva del Supremo Tribunal Federal se puede extraer de la amplia utilización del método de la interpretación según la Constitución. Dos han sido las posiciones respecto de lo que consiste la interpretación conforme. Primeramente, se defiende que es un método en la nueva hermenéutica constitucional con intención de atribuir sentido unísono al texto (si es que sería posible dicha situación), y otra, que consistiría en una técnica de corrección de constitucionalidad, en sentido de evitar un nuevo proceso legislativo, teniendo en cuenta la posibilidad de preservar el texto a través de una interpretación que armonice con la Constitución.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido en homenaje a los 20 años de la Constitución. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91856&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Visitado el 15 de octubre de 2008.

<sup>29</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>30</sup> Dígase que ese trabajo no adopta una postura vinculada con el realismo jurídico, muy bien situado y criticado por Hart, a pesar de las innúmeras “malas comprensiones de la obra del autor” (traducción nuestra), de que él diría que el Derecho es lo que los tribunales dicen que es. Ver: HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Os fundamentos de um sistema jurídico, pp. 140-148.

Asimismo, sus concepciones están relacionadas con el principio de conservación del orden constitucional<sup>31</sup> como ya se expuso en la cita anterior, es decir, sería un principio inmanente de la Constitución, pues seguramente hay obligación que todos los contenidos de los textos normativos sean compatibles con ella, en otras palabras, que sea la Constitución el parámetro de cualquier faz interpretativa. Sin embargo, es evidente su vinculación con el control de constitucionalidad de las normas, teniendo en cuenta su propio fundamento, la compatibilidad vertical o supremacía constitucional.

Canotilho trae una concepción que contempla ambas posibilidades:

“O princípio da interpretação conforme a Constituição é um princípio geral de interpretação que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao velho princípio da jurisprudência americana segundo o qual os juízes devem interpretar as leis *in harmony with de Constitution*. O princípio tem sido interpretado no sentido do *favor legis*, ou no plano do direito interno, e do *favor conventionis* no plano do direito internacional. Consequentemente, uma lei ou um tratado internacional só devem ser declarados inconstitucionais quando não possam ser interpretados conforme a Constituição. O sentido do princípio da interpretação conforme não deve ser apenas o do sentido do *favor legis*, ou do *favor conventionis*, conducente à sua caracterização como simples meio de limitação de controle jurisdicional. Se assim fosse, seria um simples princípio de conservação das normas. Ora, o princípio da interpretação conforme é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Desta forma, é mais um princípio de prevalência normativo-verticial ou de integração hierárquico normativa do que um simples princípio de conservação das normas”<sup>32</sup>.

Miranda comprende que la interpretación, en tanto no se limite a declarar solamente una interpretación de la norma, localizándose asimismo en el ámbito de un verdadero control de constitucionalidad, atribuyéndole el sentido posible, acaba por excluir interpretaciones conocidas e incluso aquellas que se podrían venir a formular<sup>33</sup>.

En lo que se refiere a los límites de la interpretación según y de la competencia jurisdiccional, interrogante importante pone Canotilho, en sentido de cuestionar si

<sup>31</sup> STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1310.

<sup>33</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 73.

la complementación jurídica en conformidad con la Constitución se podrá revestir en forma de interpretación correcta de la ley según la Constitución. La respuesta no pasa por un abandono o un “atropello” de la libertad de configuración de parte del legislador, pues ésta existe y deberá ser salvaguardada. Sin embargo, dentro del espacio de configuración del legislador no hay nada que justifique “salvar” una ley si en ella todos sus sentidos posibles contradicen la Constitución<sup>34</sup>.

Para Bonavides, seguramente una norma puede y va a admitir varias interpretaciones, pero esas interpretaciones podrán conducir a un camino que le acarrea la constitucionalidad o hasta la misma inconstitucionalidad de las normas. El intérprete, adoptando el método de la interpretación según la Constitución, se debe inclinar a la adopción de una interpretación que le garantice la constitucionalidad de la norma en comento, sin que ello propicie la alteración del texto<sup>35</sup>.

En lo que se refiere a los posibles límites de la interpretación conforme, se observa en las lecciones de Mendes:

“Não se deve conferir a uma lei com sentido inequívoco significação contrária, assim como não se devem falsear os objetivos pretendidos pelo legislador. O princípio da interpretação conforme não contém, portanto, uma delegação ao Tribunal para que proceda a melhoria ou aperfeiçoamento da lei. Qualquer alteração de conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador do que a pronúncia de nulidade, uma vez que esta assegura ao ente legiferante a possibilidade de imprimir nova conformação à matéria”<sup>36</sup>.

En voto emitido en el Supremo, el mismo Mendes señala posibles circunstancias que extrapolan los límites en tesis delineados para la interpretación conforme:

“No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei Nº 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei. (...) Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, pp. 1311-1312.

<sup>35</sup> BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 207.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 290.

prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos”<sup>37</sup>.

Interesante es la cita del voto relatado a continuación, en el que Mendes profiere una posible exorbitancia en los límites de la interpretación conforme, en sentido de haber actuado de forma modificativa de los sentidos originales puestos por el legislador.

“No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei Nº 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei.

Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos”.<sup>38</sup>

Los límites o vínculos son muy tenues entre una interpretación conforme y una sentencia adictiva. Simplemente decir que no se puede oponer al sentido literal del texto, tampoco nos dice nada, pues hace tiempo se trata que la interpretación no se resume a la exégesis. Así, si toda decisión es una creación, discutir los límites de esa creación entre un mar de posibilidades de significación semántica y sistémica de contenidos, es casi una tarea hercúlea. Basta con recordar los precedentes de la jurisprudencia brasileña en lo que atañe a la ADPF 186, ADPF 54 o la ADPF 132 y ADI4277<sup>39</sup>, donde se recurrió a la interpretación conforme para el deslinde de la causa.

Ahí está un detalle imprescindible de la utilización de la interpretación conforme la constitución, sea como método hermenéutico, sea como técnica de corrección de constitucionalidad del legislador: cuando se actúa tan sólo sobre una hipótesis

<sup>37</sup> STF: ADI Nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 7/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 157.

<sup>38</sup> STF: ADI Nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 7/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 157.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132-Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Origem RJ-Rio de Janeiro. Relator Min. Aires Britto. Requerente. Governo do Estado do Rio de Janeiro. DJ Nr. 198 do dia 14/10/2011. Acórdãos Acórdãos Plenário. e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277-Ação direta de inconstitucionalidade. Origem DF-Distrito Federal. Relator Min. Aires Britto. Requerente: Procuradoria Geral da República. DJ Nr. 198 del día 14/10/2011. Acórdãos Acórdãos Plenário.

de sentido, obviamente el texto permanece intocable, ocasionando muchas veces alguna inseguridad al operador jurídico e incluso a la sociedad afectada por tal interpretación. Es que no se dispone de tiempo y de todos los medios para conocer todas las oportunidades en que tal técnica o método fue recursivamente utilizado por el Supremo Tribunal. Se exige, por tanto, del operador o de aquel afectado, más que el conocimiento del texto, la interpretación que le acarrea el sentido según comprensión constitucional. No es tarea pequeña, pensándose en las miles de decisiones judiciales emanadas anualmente desde nuestro Supremo Tribunal Federal, no más en el control concentrado de constitucionalidad<sup>40</sup> solamente, sino también ahora aplicada al control difuso.

Algunos ejemplos de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal merecen ser aquí brevemente debatidos. En el caso de la ADPF 132 de la ADI N° 4.277/DF, que juzgaron la posibilidad de reconocimiento de las uniones homoafectivas en Brasil ante la redacción literal del art. 226, parágrafo 3º, que menciona expresamente que la unión estable sería entre “hombre y mujer”, ocurrido el 5 de mayo de 2011, ambas objetivando defender la interpretación conforme dada al art. 1723 del Código Civil. El Ministro Gilmar Mendes se manifestó en defensa del papel de legislador positivo:

“A pretexto de dar interpretação conforme a Constituição em determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipuladoras de efeitos aditivos e não constituem um fator de constrangimento ou de estímulo ao self restraint, por parte do Supremo Tribunal Federal (...) livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo”.<sup>41</sup>

Ya en lo que se refiere a la ADPF (demostración de no cumplimiento de precepto fundamental) 54 dando interpretación conforme a los artículos 124 a 128 del Código Penal, se puede decir que el Supremo Tribunal Federal actuó también como legislador positivo al prever una hipótesis más de aborto legal, en el caso, tratándose de fetos con diagnóstico de anencefalia. Ello, por tanto, prevé el Código Penal en su literalidad solamente en hipótesis de violación y en caso de riesgo

<sup>40</sup> Acción directa de inconstitucionalidad, por acción o por omisión, acción declaratoria de constitucionalidad y argüición de no cumplimiento de precepto fundamental.

<sup>41</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI N° 4.277. Rel. Min. Ayres Britto. Publicado el 14 de octubre de 2011. Acceso el 15 de mayo de 2015.

de vida a la gestante. Sin embargo, a pesar de que la mayoría da Corte se haya manifestado en pro de la interpretación conforme, admitiéndose constitucional esa hipótesis, hubo manifestaciones en contra de tal postura activa del Supremo, como es el caso del voto del Ministro Cezar:

“Essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação do parto’, neste caso, deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude”.<sup>42</sup>

Otro juicio interesante sobre la perspectiva analizada ocurrió en la ADI N° 4.424/DF, juzgada el 9 de febrero de 2012, versando sobre inconstitucionalidad de dispositivos de la Ley N° 11.340/06, más conocida en Brasil como *Maria da Penha*, una ley que protege a la mujer contra la violencia doméstica. El Supremo Tribunal Federal, utilizando nuevamente la interpretación conforme, se posicionó en el sentido de que: “a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico”, eso pues, estaría en conformidad con el espíritu con el que fue creada la ley.

Otro caso emblemático de la jurisprudencia brasileña, que requirió una postura bastante activa del Supremo Tribunal Federal, resultó conocida como el *caso Raposa do Sol* (Zorro del Sol, en español), que trataba de la demarcación de tierras indígenas<sup>43</sup>. En ésta, la Corte consideró válidos la ordenanza y el decreto presidencial que han homologado la demarcación de la reserva indígena, y puso una serie de condiciones para la ejecución de la decisión, más precisamente diecinueve medidas que serían supervisadas por el propio Supremo con apoyo del Tribunal Regional Federal de la 1ª Región (TRF-1). La crítica más acentuada fue en sentido de que no cabría al STF trazar parámetros abstractos de conducta, cuando esos temas no habían sido siquiera objeto de discusión en el proceso, y no permitieron derecho al contradictorio, extrapolando los límites de la causa y de la propia competencia del Supremo en nombre de la concretización de los

---

<sup>42</sup> Brasil, ADPF 54. Supremo Tribunal Federal.

<sup>43</sup> Brasil, ADI 3388. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>. Acceso el 15 de mayo de 2015 ADI 3388.

derechos fundamentales de los indígenas. En el voto del Relator la defensa del papel atribuido al Supremo asume relevancia:

“Antes de tudo, repito o que já frisei em outras ocasiões: o Supremo tem a guarda da Constituição e não pode despedir-se desse dever, imposto de forma expressa pelo Constituinte de 1988, sob pena de a história cobrar-lhe as consequências da omissão, de comprometimento da própria credibilidade. No sempre oportuno dizer do ministro Néri da Silveira, o Supremo é órgão da República, última trincheira do cidadão, comprometido com os princípios caros a Estado que se diga organizado, a Estado de Direito, responsável, enfim, pela palavra final sobre conflitos de interesses que se lhe apresentam para julgamento. Eis a melhor síntese sobre o primordial papel do Tribunal. Paga-se um preço por se viver em uma democracia e ele não é exorbitante, mas módico, encontrando se ao alcance de todos os homens de boa vontade. Implica apenas o respeito irrestrito ao arcabouço normativo”.<sup>44</sup>

De las citas antes mencionadas, hay que notar el conocimiento de la cúpula del Poder Judicial brasileño de las cuestiones prácticas y teóricas atinentes a su actuación, al proceso de judicialización de la política que enfrenta la sociedad contemporánea, pero aún más, la preocupación de que los derechos fundamentales no permanezcan a la merced de la actuación u omisión política de los poderes instituidos, haciéndose meras utopías sociales desproveídas de cualquier fuerza normativa vinculante. Se reconoce la necesidad de una actuación democrática complaciente con las nuevas necesidades de la sociedad pluralista, pero extremadamente comprometida con la guardia de los preceptos constitucionales, principalmente, los que involucran el núcleo esencial de cualquier derecho. Se trata del nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho, cual es, la dignidad de la persona humana.

#### CONSIDERACIONES FINALES

El papel atribuido a la jurisdicción actualmente no deberá poseer la misma desconfianza atribuida a los jueces en Montesquieu, visto que se otorga al Judicial el papel de guardián de la Constitución y, consecuentemente, el de último intérprete en la protección de los derechos de los ciudadanos. Siquiera se puede pensar en un Judicial como mero fiscalizador del cumplimiento de la ley, ya que con el proceso de constitucionalización de los principios, con la doble perspectiva

---

<sup>44</sup> *Ibidem.*

de los derechos fundamentales y su eficacia irradiante y, esencialmente, la dignidad de la persona humana como principio estructurante de todo sistema jurídico, se hace imposible la aplicación del derecho sin algún constructivismo interpretativo.

La judicialización de la política es una consecuencia natural de la democratización del derecho y del intento de la máxima concretización de los derechos fundamentales, motivo por el que un Judicial más intervencionista no hiere la democracia si, en el ejercicio de su función, hace valer los preceptos constitucionales; por el contrario, refuerza el régimen democrático a la medida en que no permite la falta de respeto a los derechos fundamentales. En caso de que el Poder Judicial se niegue a asumir dicha postura, estará poniendo en riesgo los bienes jurídicos que le toca preservar.

Así, se cree que a través del comprometimiento mutuo de los poderes instituidos, acrecido de la participación popular en el ejercicio de una ciudadanía plena y de perfeccionamiento democrático, se tenga el escenario propicio a la concretización de los anhelos populares expresados en la Carta Magna. Con todo, hasta el perfeccionamiento necesario de esos institutos, no hay como dejar inertes a los derechos fundamentales como meras figuras decorativas de origen esencialmente filosófico, para no decir utópico. Dicha tarea incumbe sí a la jurisdicción constitucional mientras guardiana de la Constitución, pues la exigencia del debido respeto a estos preceptos es indispensable al Estado Democrático, aunque esto implique una relectura de la propia separación de poderes.

#### REFERENCIAS

- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1ª ed., 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. 21ª edição. São Paulo: Malheiros.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido en homenaje a los 20 años de la Constitución. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91856&sigServico=noticiaArtigoDiscussao&caixaBusca=N>. Visitado el 15 de octubre de 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- \_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADI N° 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Visitado el 21 de marzo de 2014.

- \_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADI N° 4.424/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado em 31 jul. 2014. Visitado el 15 de mayo de 2015.
- \_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADPF N° 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. Publicado em 14 out. 2011. Visitado el 15 de mayo de 2015.
- \_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADPF N° 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado em 30 abr. 2013. Visitado el 10 de mayo de 2015.
- \_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. PET N° 3.388/RR. Rel. Min. Ayres Britto. Publicado em 25 set. 2009. Visitado el 10 de mayo de 2015.
- \_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. ADI N° 4.277. Rel. Min. Ayres Britto. Publicado em 14 out. 2011. Visitado el 11 de mayo de 2015.
- CAPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- CAPELETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"*. Catholic University Law Review, Vol. 35, 1985.
- 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: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- DE CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Renan, 1999.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Traducción de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Os fundamentos de um sistema jurídico.
- KAUFMANN, Arthur. *Hermenêutica y Derecho*. Colección filosofía, derecho e sociedad. Traducción de Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Comares, 2007.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea. Uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Os direitos fundamentais e os limites entre democracia e jurisdição constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 3ª ed. São Paulo, Max Limond, 2003.
- NAVAS SÁNCHEZ, María. *El poder judicial y sistema de fuentes*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Ednir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.